

Sygn. akt: KIO 1835/18

**WYROK
z dnia 27 września 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o., Łódź 91-204, ul. Traktorowa 126 oraz Catermed S.A., Kraków 31-201, Siemaszki 15 w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, 92-338, ul. Przybyszewskiego 255/267

przy udziale wykonawcy Gastro Servis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1835/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o., Łódź 91-204, ul. Traktorowa 126 oraz Catermed S.A., Kraków 31-201, Siemaszki 15 z przedmiotowego przetargu, nakazuje Zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania w trybie przepisu art.90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny,

2. o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr 1/AM-CRO/2018/U zawartej w dniu 11 września 2018r. pomiędzy Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńczym DPS w Łodzi a wykonawcą Gastro Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi do dnia 31 października 2018r.,

3. kosztami postępowania obciąża Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, 92-338, ul. Przybyszewskiego 255/267 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o., Łódź 91-204, ul. Traktorowa 126 oraz Catermed S.A., Kraków 31-201, Siemaszki 15 tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńczego Domu Pomocy Społecznej w Łodzi, 92-338, ul. Przybyszewskiego 255/267 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o., Łódź 91-204, ul. Traktorowa 126 oraz Catermed S.A., Kraków 31-201, Siemaszki 15 kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi, 92-338, ul. Przybyszewskiego 255/267 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usług gastronomicznych w zakresie całodobowego żywienia mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno- Opiekuńczego w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267”, pod numerem 1/AM-CRO/2018/U.

W dniu 16 lipca 2018 roku w Biuletynie Informacji Publicznej zostało opublikowane ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu.

Pismem z dnia 31 lipca 2018 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Vendi Servis sp. z o.o., Łódź 91-204, ul. Traktorowa 126 oraz Catermed S.A., Kraków 31-201, Siemaszki 15 między innymi w celu przedłożenia szczegółowej kalkulacji ceny za osobodzień wraz z podaniem wszystkich jej składników oraz o sposobie dokonania przedmiotowej kalkulacji.

W następstwie tego wezwania w dniu 7 sierpnia 2018 roku Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szczegółową kalkulację wraz z wyjaśnieniami.

Ostatecznie w dniu 7 września 2018r. Odwołujący: powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty Gastro Serwis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i odrzuceniu jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 12 września 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając mu:

1. naruszenie art. 138o ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z rozdziałem 18 pkt 18.6 ogłoszenia poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy z przedłożonych Zamawiającemu wyjaśnień wynika, że Odwołujący w sposób wyczerpujący i kompleksowy wykazał, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska i pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia,

2. naruszenie art. 138o ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez odrzucenie

oferty Odwołującego bez ostatecznego wyjaśnienia, czy złożona oferta posiada rażąco niską cenę, w szczególności gdy istniała możliwość wezwania go do uzupełnienia złożonych przez nich wyjaśnień i kalkulacji w sytuacji, gdy Zamawiający w dalszym ciągu ma wątpliwości co do ceny w jego ofercie, a także poprzez sformułowanie zawiadomienia o odrzuceniu oferty z uzasadnieniem nadzwyczaj ogólnikowym, bez wszechstronnego rozważenia złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i kalkulacji i uniemożliwiających odniesienie się przez niego do tak sformułowanego zawiadomienia o odrzuceniu jego oferty.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołujących,
2. unieważnienie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem jego oferty, ewentualnie w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą - zażądał unieważnienia tej umowy.

Zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej oferty.

Wskazał przy tym, że zgodnie z pkt. 18.1 ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający zastrzegł sobie prawo do występowania do Wykonawców z wezwaniami do złożenia wyjaśnień treści oferty lub dokumentów składanych wraz z ofertą, w szczególności w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydawać się będą rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić będą wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Zauważył również, że w pkt. 18.6 ogłoszenia dodano, co następuje: Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu, w przypadku zagadnień nieuregulowanych w Ogłoszeniu, będą miały zastosowanie odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579.), w szczególności w zakresie:

- oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw - art. 26 ust. 3 i ust. 3a, art. 26 ust. 4;
- wykluczenia Wykonawcy - art. 24 ust. 1 pkt 12; • odrzucenia ofert - art. 89 ust. 1 oraz art. 90 ust. 3; • wyjaśnień treści złożonych ofert - art. 87 ust. 1;
- poprawek w ofercie dokonywanych przez Zamawiającego - art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2;
- unieważnienia postępowania - art. 93 ust. 1.

Z powyższego wynika – zdaniem Odwołującego, że Zamawiający przewidział w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 138o ustawy Pzp procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej oferty i jej konsekwencji w sposób identyczny z regulacją art. 90 ustawy Pzp, odwołując się do treści tego przepisu w nieuregulowanym w ogłoszeniu zakresie.

W związku z powyższym, podniósł, iż treść wezwania Odwołującego do wyjaśnienia podejrzeń dotyczących rażąco niskiej oferty nie spełnia wymogów ustawy Pzp i postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu usług [...], wykazu osób [...] oraz potwierdzenia, że prawidłowo wykona przedmiotowe zamówienie, a jedynie w jednym zdaniu zaznaczył cyt. „Jednocześnie proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej za dobową stawkę żywieniową netto, z podaniem wszystkich jej składników oraz informacji o sposobie kalkulowania tej ceny.”.

Według Odwołującego - trudno uznać to za wezwanie do wyjaśnień zgodne z art. 90 ustawy Pzp czy choćby podobne.

W ocenie Odwołującego - mając na uwadze, że ze względu na dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy Pzp konsekwencją skorzystania z tej procedury jest odrzucenie oferty wykonawcy, Zamawiający powinien był zawrzeć w wezwaniu ponadto następujące informacje:

1. okoliczności stanowiące faktyczną podstawę do skierowania wezwania;
2. elementy, w odniesieniu do których oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji;
3. wskazanie okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny;
4. możliwość dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów umożliwiających dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny - art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
5. termin, do którego wykonawca zobowiązany jest złożyć wyjaśnienia.

W opinii Odwołującego - wezwanie skierowane w dniu 31 lipca b.r. przez Zamawiającego nie spełnia powyższych przesłanek, w szczególności nie wskazuje żadnych okoliczności stanowiących faktyczną podstawę do skierowania wezwania, okoliczności przewidzianych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które Zamawiający jest obowiązany badać w zakresie domniemania rażąco niskiej ceny (aby wykonawca wiedział jakie okoliczności mogą konwalidować parametry jego oferty), a ponadto w ogóle nie wskazał na możliwość

dostarczenia przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami dowodów umożliwiającymi dokonanie poprawnej oceny wskazanej w ofercie ceny.

Dodatkowo zarzucił, że w wezwaniu Zamawiający nie wskazał, iż cena zawarta w jego ofercie zawiera cenę, która wzbudza jego wątpliwości co do możliwości rentownej realizacji zamówienia.

Zakwestionował również okoliczność nie wskazania przez Zamawiającego rygoru, iż złożenie niesatysfakcjonujących wyjaśnień bądź niezłożenie ich wcale implikuje odrzucenie oferty - w nagłówku wskazano bowiem nieprawidłową podstawę wezwania (pkt. 11.16.2 ogłoszenia o zamówieniu dotyczy składania oświadczeń o niepodleganiu wykluczeniu, zaś rażąco niskiej oferty dotyczą pkt. 18.1 oraz 18.6).

Przyznał, że Odwołujący musiał zatem domyślić się, czego właściwie oczekuje Zamawiający i jakie będą konsekwencje oświadczeń Odwołujących.

Kontynuując powyższą myśl, należy zwrócić uwagę także na treść pisma Zamawiającego z dnia 7 września 2018 r. pt. Zawiadomienie (ogłoszenie) o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie w pkt. 3 tego pisma wskazano, że odrzucono ofertę Odwołującego gdyż, zdaniem Zamawiającego, zaoferowana cena oferty i związana z nią cena jednostkowa za dobową stawkę żywieniową uznano za rażąco niską.

Zauważył, że zdaniem Zamawiającego, przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie okazały się bowiem w większości ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami, a więc niewystarczające dla uznania, że podana w ofercie cena brutto uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu, obejmuje wszystkie koszty jakie Wykonawca może ponieść z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego - takie stanowisko Zamawiającego także stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, bowiem zawiadomienie wykonawcy o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp winno zawierać:

1. przypomnienie tych elementów istotnych dla kalkulacji ceny oferty, które stanowiły podstawę wezwania wykonawcy do wyjaśnień;
2. krótkie wskazanie dokumentów (oświadczeń i dowodów), które przedstawił wykonawca w ramach wyjaśnień;
3. odniesienie się do treści tych dokumentów i ocenę ich konkretności (tj. czy były ogólne, iluzoryczne, albo czy były wyczerpujące, precyzyjne i przekonujące);

4. wskazanie czy zawierały dowody, ocenę czy przedstawione dowody umożliwiają potwierdzenie wartości rynkowej poszczególnych elementów wyjaśnień;

5. wskazanie, których informacji wymaganych przez Zamawiającego wykonawca nie przedstawił;

6. wskazanie w podsumowaniu, które wyjaśnienia nie dają podstaw do przyjęcia i dlatego, że cena została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a które elementy wyjaśnień i jakie okoliczności podniesione przez wykonawcę w wyjaśnieniach zostały przez wykonawcę dowiedzione, pismo Zamawiającego z 7 września nie spełnia powyższych przesłanek.

Odwołujący nie zgodził się z zarzutem Zamawiającego o przedstawieniu ogólnikowych wyjaśnień, co skomentował w wyjątkowo ogólnikowych wyjaśnieniach, dlatego nie były one wystarczające.

W związku z powyższym wskazał, że to działanie Zamawiającego nosi znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji, albowiem w sposób wybitnie arbitralny podszedł on do skrupulatnych i wyczerpujących wyjaśnień Odwołujących, popartych przedstawionymi wyliczeniami.

Brak szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty należy kwalifikować zatem w kategoriach naruszenia praw wykonawców do rzetelnej oceny złożonych ofert.

W szczególności skwitowanie jednym zdaniem, iż wyjaśnienia Odwołującego okazały się w większości ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami (do których to dowodów zresztą Zamawiający Odwołujący nie wzywał), stanowi w istocie zupełny brak uzasadnienia i uniemożliwia Odwołującym odniesienie się do tak postawionych zarzutów.

Zdaniem Odwołującego, przedłożone przez nich wyjaśnienia spełniają wymogi określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. pozwalają na uznanie, że Wykonawca w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do ofert złożonych przez innych oferentów.

Przekonywał, że Odwołujący w sposób wyczerpujący oraz kompleksowy wykazali, że są w stanie wykonać w sposób prawidłowy przedmiot zamówienia.

Argumentował również, że brzmienie w/w przepisu wskazuje, że procedura wyjaśniania musi prowadzić do bezsprzecznego oraz ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie, czy zaoferowana cena jest rażąco niska i dana oferta podlega odrzuceniu, czy

też wyjaśnienia Wykonawcy są wyczerpujące i prowadzą do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i Wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Według Odwołującego - ocena winna opierać się na zgromadzonych w toku postępowania materiałach oraz przede wszystkim na wyjaśnieniach Wykonawcy oraz przedłożonej dokumentacji.

Odwołujący wskazał, że przedłożone wyjaśnienia zostały opracowane w oparciu o treść pisma z dnia 31 lipca 2018 roku, które zawierało jedynie ogólnikowe sformułowania przedstawiające żądania Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - w przedmiotowej sprawie Zamawiający winien przyjąć złożone wyjaśnienia jako wystarczające bądź powinien wezwać ponownie do przedłożenia konkretyzujących wyjaśnień, jednakże pismo zawierające owe wezwanie winno być sformułowane w sposób konkretny, gdyż wezwanie nie może być sformułowane w sposób ogólnikowy.

Wezwanie nie może być ogólnikowe zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający dysponuje kosztorysem, a nie tylko samym formularzem cenowym.

Jeżeli zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretnie elementy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne. W takim przypadku zarzut, iż wykonawca nie udzielił wyjaśnień, będzie nieuzasadniony.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający - w opinii Odwołującego – w sposób wadliwy dokonał odrzucenia oferty Odwołujących, którzy udzielili wyjaśnień w oparciu o treść pisma Zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 roku.

W konsekwencji, wadliwa była także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż pominięto przy tej czynności ofertę Odwołującego, niezasadnie odrzuconą.

Odwołujący podniósł, że stopień szczegółowości wyjaśnień powiązany jest ściśle ze stopniem szczegółowości żądania w przedmiocie udzielenia wyjaśnień i Wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji zbyt ogólnikowego sformułowania żądania przedłożenia wyjaśnień.

To Zamawiający powinien precyzyjnie wskazać w jakim zakresie przedłożona oferta budzi wątpliwości, gdyż jedynie Zamawiający wie, w jakim zakresie złożona oferta budzi wątpliwości.

Podsumował stwierdzając, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 Pzp jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w sposób rzetelny. Obowiązek ten wpisuje się w podstawową zasadę z art. 138o, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał również, że w przedmiotowej sprawie procedura oceny ofert została przeprowadzona w sposób nieobiektywny, nie kompleksowy, co spowodowało błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy w świetle przedstawionych wyjaśnień oraz specyfiki branży, Zamawiający powinien albo uznać jego wyjaśnienia za wystarczające albo powinien wezwać go do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, z tym że owo wezwanie winno być sformułowane w sposób konkretny, umożliwiający jednoznaczną ocenę, czy dana oferta jest rażąco niska, czy też nie.

Według Odwołującego wykazał on także, że zaoferowana cena pozwoli realizować usługę z zyskiem, zapewniającym rentowność, co jest także jednym z celów stawianym postępowaniom przetargowym realizowanym w oparciu o ustawę prawo zamówień publicznych, a Zamawiający posiada szereg innych instrumentów zabezpieczających jego interesy, w tym kary umowne za wadliwą realizację przedmiotu zamówienia, w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia a priori przez Zamawiającego, że Odwołujący nie jest w stanie prawidłowo realizować przedmiotu zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie.

Pismem z dnia września 2018r. wykonawca Gastro Serwis sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zwanego dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwoływającego, wezwania Zamawiającego z dnia 31 lipca 2018r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do Odwoływającego, odpowiedzi tego wykonawcy z dnia 7 sierpnia 2018r. na to wezwanie wraz załącznikiem w postaci wyjaśnień dotyczących szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej(tajemnica przedsiębiorstwa), zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty Odwoływającego z dnia 7 września 2018r., pisma procesowego Zamawiającego z dnia 26 września 2018r., Pisma Przystępującego z dnia 25 września 2018r., wyjaśnień Odwoływającego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwoływającego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, pomimo wnioskowania zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego o dokonanie tej czynności procesowej w oparciu o przepis art. 189 ust.2 pkt. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

W myśl przepisu art. 138o ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy określone w ust. 2 - 4 omawianego.

Zdaniem Izby, jeżeli Zamawiający w postępowaniach podprogowych zdecydował się na udzielenie zamówienia publicznego, to był on zobowiązany do skorzystania z powyższych ustępów powołanego wyżej przepisu.

Wymaga również zauważenia, że Zamawiający organizując przetarg na powyższych zasadach podlegał regułom, o których mowa w art.138o ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z, którym to przepisem Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

Według zapatrywania Izby również zamówienia podprogowe są prowadzone w trybie postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z zastosowaniem przepisów

działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI, co wynika z brzmienia art.138l ustawy Pzp.

Idąc dalej, Izba dostrzegła, że Dział VI ustawy Pzp reguluje instytucję środków ochrony prawnej, w tym w zakresie wyłączenia możliwości wniesienia odwołania w określonych prawem sytuacjach.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia zagadnienia dopuszczalności drogi odwoławczej ma przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Powyższe ograniczenie kognicji Krajowej Izby Odwoławczej nie dotyczy jednak czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zamówieniach podprogowych, a taka czynność w zamówieniu na usługi społeczne została dokonana przez Zamawiającego.

Przyjęcie innego zapatrywania uniemożliwiłoby kontrolę prowadzoną przez Izbę w zakresie naruszeń przez Zamawiającego fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, w tym zasady przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji, opisanych w art. 138o ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, w opinii Izby również taka obowiązkowa kontrola wynika z brzmienia art.138 o ust.3 ustawy Pzp w zakresie obowiązków Zamawiającego polegających na zamieszczaniu na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności:

- 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
- 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) kryteria oceny ofert.

Powołane wyżej regulacje pozostają w ścisłej korelacji z konstytucyjnymi zasadami wynikającymi:

1) z art.45 Konstytucji RP, który stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd, dwuinstancyjności postępowania,

2) z art.78 Konstytucji RP w brzmieniu, że każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa,

3) z art.176 Konstytucji RP, mówiącego o postępowaniu sądowym co najmniej dwuinstancyjnym.

Poza tym, Izba również nie uznała argumentacji Zamawiającego wynikającej z 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, przede wszystkim z tego względu, że przepisy te stanowią akty niższego rzędu w stosunku do ustawy, a tym bardziej wobec Konstytucji RP.

Izba nie mogła również zaakceptować wywodów Zamawiającego o jego prawie do wyłączenia w ogłoszeniu zastosowania środków ochrony prawnej, w warunkach jednoczesnego dopuszczenia zastosowania odpowiednio przepisów ustawy, w tym również w zakresie odrzucenia ofert – art.89 ust.1 oraz art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby - jeżeli Zamawiający wszedł w reżim ustawy Pzp, to miał obowiązek obok stosowania powołanych wyżej przepisów art.89 i 90 ustawy Pzp, korzystać również z przepisów Działu VI – środki ochrony prawnej.

Ostatecznie, stosując się do judykatury Sądów Okręgowych, Izba oparła swoje rozstrzygnięcie między innymi na wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 sierpnia 2017r., sygn. akt IX Ca 807/27.

W dalszej kolejności, Izba przeszła do rozpoznania meritum sprawy.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.92 ust.1 pkt 3, art.138o ust.2 ustawy Pzp.

Rozpoznając istotę sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał

dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2018r. poprosił Odwołującego o przedstawienie szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej za dobową stawkę żywieniową netto, z podaniem wszystkich jej składników oraz informacji o sposobie kalkulowania tej ceny, bez podania podstawy prawnej własnego działania.

W następstwie powyższego wezwania Odwołujący pismem z dnia 7 sierpnia 2018r. odpowiedział na powyższe wezwanie załączając wyjaśnienie dotyczące szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny jednostkowej przedstawiające następujące koszty ze wskazaną wartością w cenie jednostkowej netto dobowej stawki żywieniowej:

- 1) wsadu do kotła zgodnie z wymaganiami pkt 4 załącznika nr 1 ogłoszenia o zamówieniu,
- 2) wynagrodzenia – pracowników uwzględniające koszty zastępstw chorobowych i urlopowych, bhp badania, fundusz socjalny itp. Z uwzględnieniem PFRON,
- 3) koszt utrzymania infrastruktury pomieszczeń produkcyjno magazynowych z opłatami,
- 4) koszty dostosowania i wyposażenia kuchni,
- 5) koszty mediów,
- 6) koszty serwisu i urządzeń,
- 7) koszt zakupu materiałów i środków – środki czystościowe i higieniczne,
- 8) pozostałe koszty niezbędne do realizacji umowy(w tym dezynsekcja i deratyzacja),
- 9) oszczędności w okresie przejściowym 45 dni inwestycji rozbite na cały okres zamówienia,
- 10) zysk.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący w wyjaśnieniach odniósł się do powyższych kosztów, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustalono również, że w zawiadomieniu z dnia 7 września 2018r. Zamawiający na zasadzie art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż zaoferowana cena oferty i związana z nią cena jednostkowa za dobową stawkę żywieniową uznano za rażąco niską.

W swoim uzasadnieniu Zamawiający dalej wskazał, że przedstawione przez w/w wykonawcę wyjaśnienia w tym zakresie okazały się w większości ogólnikowe i nie poparte żadnymi dowodami, a więc niewystarczające dla uznania, że podana w ofercie cena brutto uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego określone w ogłoszeniu o zamówieniu, obejmuje wszystkie koszty jakie wykonawca może ponieść z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie, Izba ustaliła również, że w przetargu złożono jedynie dwie oferty: Odwołującego z ceną brutto 2 560 445, 81 zł oraz Przystępującego z ceną brutto 3 006 402, 80 zł.

Opierając się o powyższy materiał dowodowy zebrany w sprawie Izba doszła do przekonania, że Zamawiający przeprowadził postępowanie w zakresie wyjaśnienia istnienia rażąco niskiej ceny w sposób, który nie uprawniał go do wniosku potwierdzającego jej wystąpienie.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej

arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wobec powyższego stanu rzeczy z żadnego z oświadczeń Zamawiającego nie wynikało dlaczego wszczął on procedurę zmierzającą do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w szczególności w aspekcie braku wystąpienia przesłanki z art.90 ust.1a pkt 1 ustawy Pzp.

Niemniej jednak – według zapatrywania Izby – Zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie określonego kosztu jednostkowego, wskazując z jakiej następuje to przyczyny.

Z treści wezwania Zamawiającego nie wynika jakie konkretnie elementy kosztowe wzbudziły jego wątpliwości.

Dopiero na rozprawie, pełnomocnicy Zamawiającego podnieśli, że wątpliwości Zamawiającego wzbudził, w szczególności brak wskazania kosztów związanych z czynszem. Wątpliwości Zamawiającego również wzbudziły koszty związane z wynagrodzeniami pracowników.

Zamawiający podniósł, że również jego wątpliwości wzbudził brak uwzględnienia w kosztach wartości nakładów na sprzęt, dostosowanie pomieszczeń lub niedostateczne ich oszacowanie.

Pełnomocnicy Zamawiającego także podkreślali, że Odwołujący nie oszacował kosztów stałych – dostawy pary technologicznej za moc zamówioną, zamówionego ciepła i energii elektrycznej oraz kosztów zmiennych wynikających ze stawek zużycia, opłat licznikowych.

Wobec takich wątpliwości – zdaniem Izby – Zamawiający powinien ponownie wzywając wykonawcę do wyjaśnienia poszczególnych kosztów wskazać je, opisać z czego one wynikają, jakie mają one odniesienie do poszczególnych wykazywanych przez Odwołującego kosztów, a także określić jakie dowody należy dołączyć do udowodnienia ich poniesienia.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia z powyższych przyczyn.

Według zapatrywania Izby Zamawiający taką ocenę dokonał, jednak nie w sposób wszechstronny, bez należytej staranności, co skutkuje brakiem możliwości przyjęcia, że taka ocena została dokonana właściwie w rozumieniu art.90 ust.3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Odwołującego ceny, a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień wraz z zestawioną kalkulacją kosztów nie mogła potwierdzić, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na koniec należy wyraźnie zaakcentować, że Zamawiający nie podając szczegółowej podstawy prawnej swych działań, przedstawiając lakoniczne uzasadnienie dla decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego naruszył przepis art.138o ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

Reasumując, Zamawiający będzie zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie do dalszego prowadzenia postępowania w trybie przepisu art.90 ustawy Pzp, a po jego zakończeniu do dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że w dniu 11 września 2018r. została już zawarta umowa nr 1/AM-CRO/2018/U pomiędzy Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńczym DPS w Łodzi a

wykonawcą Gastro Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w przedmiocie tego zamówienia publicznego w okresie wniesienia środka odwoławczego.

W takiej sytuacji może mieć zastosowanie ma przepis art. 192 ust.3 pkt 2 lit.c ustawy Pzp ustanawiający regułę, że uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

- a) unieważnić umowę; albo
- b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
- c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Jednocześnie w myśl art. 146 ust. 1 pkt 3 umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Izba stwierdziła, że tym samym niemożliwe było uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy, lecz dopiero po jego zawarciu.

Z kolei stosownie do przepisu art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”.

W związku z treścią cyt. wyżej przepisów, w rozpoznawanej sprawie Izba skorzystała z jednego z najmniej dolegliwych środków prawnych wynikających z normy określonej w art.192 ust.3 pkt 2 lit.c ustawy Pzp i orzekła o skróceniu okresu obowiązywania umowy stwierdzając, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, biorąc pod uwagę, że świadczenie żywienia na rzecz podopiecznych ośrodka opieki społecznej musi być permanentne, bowiem jego brak może stanowić realne biologiczne zagrożenie dla ich zdrowia i życia.

Jednocześnie, wymaga dodania, że motywacją do skrócenia okresu obowiązywania do 31 października 2018r. jest przeświadczenie Izby, że Zamawiający do czasu zakończenia tego okresu dokona wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wybierze wykonawcę zgodnie z obowiązującym prawem.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.192 ust.2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....