

Sygn. akt: KIO 934/13

WYROK
z dnia 9 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80-227 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej Leśny w Zaskoczynie, Mierzeszyn 11, 83-041 Zaskoczyn**

przy udziale wykonawcy – **M..... W....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PPHU DUKAT M..... W....., ul. Wojska Polskiego 16, 83-000 Pruszcz Gdański** - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80-227 Gdańsk** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **FOOD INVESTMENT S.A., ul. Do Studzienki 34B, 80-227 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Dom Pomocy Społecznej LEŚNY w Zaskoczynie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na świadczenie usług gastronomicznych w Domu Pomocy Społecznej LEŚNY w Zaskoczynie tj. przygotowywanie całodziennych posiłków dla mieszkańców z uwzględnieniem diet i kaloryczności, w oparciu o istniejące zaplecze kuchenne (nr sprawy: DPS.272.01.2013 PN).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 9 lutego 2013 r., poz. 2013/S 45472-2013 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 22 kwietnia 2013 r. FOOD INVESTMENT S.A. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust 1, a także przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa zamówień Publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. Odrzucenie oferty PPHU „DUKAT” z Pruszcza Gdańskiego, ul. Wojska Polskiego 16;
2. Odrzucenie oferty PPHU „SMAKPOL” z Elbląga, ul. Zw. Jaszczurczego 22;
3. uznanie złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej z uwagi na najniższą zaoferowaną cenę.

Zdaniem Odwołującego, dwie najniższe ceny zaoferowane w postępowaniu są rażąco niskie. Odwołujący przeprowadził własną kalkulację: wsad do kotła: 8,00 zł netto, 8,64 zł brutto - czyli $8,64 \times 109\,600 = 946\,944,00$ zł brutto; czynsz najmu: 4 065,00 zł - czyli $4\,065,15 \times 36 = 14\,6345,40$ zł brutto; czynsz za sprzęt: 500,00 zł - czyli $500 \times 36 = 18\,000,00$ zł; kulinarna terapia: 350,00 zł czyli - $350 \times 36 = 12\,600,00$ zł; media: 2 556,04 zł średnio miesięcznie w 2012 czyli szacunkowo - $2556 \times 36 = 92\,016,00$ zł brutto; pracownicy: min 5 osób w systemie zmianowym 12 h - wynagrodzenie min 1600,00 zł brutto + wszystkie koszty po stronie pracodawcy, co daje kwotę miesięczna dla wykonawcy za osobę 1931,84 zł brutto - $5 \times 1931,84 = 9\,659,20$ zł brutto - $9659,2 \times 36$ mc = 347 731,20 zł (wynagrodzenie powyższe nie uwzględnia kosztów zatrudnienia Szefa kuchni, którego wynagrodzenie kształtuje się na znacznie wyższym poziomie); podatek od nieruchomości - 7,66 zł za m2 rocznie = $(165,25 \text{ m}^2 \times 7,66) \times 3$ lata = 9 696,10 zł brutto.

Podsumowanie: 946 944,00 + 146345,40 + 18 000,00 + 12 600,00 + 92 016,00 + 347 731,20 + 3 797,45 pin = 1 567 434,05 zł brutto.

Odwołujący podnosił, iż kalkulacja powyższa uwzględnia jedynie najistotniejsze elementy cenotwórcze, bez wskazywania szeregu innych kosztów, niezbędnych przy świadczeniu tego rodzaju usługi, takich jak m. in. koszt wywozu odpadów, koszt środków chemicznych do utrzymania czystości, koszt obsługi w zakresie BHP oraz - co istotne - zysku wykonawcy.

Odwołujący polemizował z wyjaśnieniami odnośnie ewentualności rażąco niskiej ceny złożonymi przez wykonawców i podnosił, iż w kalkulacji firmy PPHU „DUKAT” uwzględniono koszt zatrudnienia pracownika ze wszystkim składkami po stronie pracodawcy na poziomie 1470,00 zł; dodatkowo zaznaczono, iż kwota ta zawiera koszty chemii, BHP i badań lekarskich; powyższe oznacza, iż średnie wynagrodzenie pracownika wyniesie ok. 1100,00 zł. Z opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków określonych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, dla należytego wykonania usługi niezbędne jest obsadzenie min. 5 pracowników w systemie zmianowym 12 h. Zatem wskazany przez wykonawcę koszt wynagrodzenia kształtuje się znacznie poniżej obowiązującego najniższego wynagrodzenia, czyli 1600,00 zł brutto, co wraz z kosztami pracodawcy daje kwotę 1931,00 zł.; nadmienić należy, iż wykonawca w kalkulacji nie uwzględnił kosztów zastępstw urlopowych. Podkreślenia wymaga również fakt, iż w przypadku dofinansowywane przez PFRON pracownicy muszą być zatrudnieni na umowę o pracę, zatem wszelkie umowy cywilnoprawne, pozwalające na oszczędność kosztów są niedopuszczalne. Dodatkowo Odwołujący podnosi, iż argumentacja o rozplanowaniu czasu pozwalającym na uniknięcie przestojów jest w tej sytuacji nietrafiona; w przypadku zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wymiarze 3/4 etatu (6 h) konieczne byłoby zatrudnienie dodatkowych osób; w przeciwnym razie nie zostanie zachowana ciągłość pracy w godzinach wydawania posiłków, co oznacza iż niemożliwe jest należyte wykonanie usługi. Ponadto wątpliwości budzi fakt zatrudnienia szefa kuchni za tak niską kwotę; biorąc pod uwagę realia rynkowe, zatrudnienie na tym stanowisku osoby o doświadczeniu i kwalifikacjach wymaganych przez Zamawiającego jest co najmniej wątpliwe, podobnie jak zatrudnienie na tym stanowisku osoby niepełnosprawnej.

Nadmienić również zdaniem Odwołującego należy, iż przedstawiona kalkulacja nie obejmuje kosztów wywozu odpadów produkcyjnych oraz pokonsumpcyjnych, stanowiących istotny składnik kalkulacji ceny usługi. Ponadto wykonawca szacując zysk nie uwzględnił wskaźnika inflacji, kształtującego się na poziomie 4% rocznie, co oznacza średni wzrost kosztów na poziomie 17 000,00 zł rocznie.

Odwołujący wskazywał również, że analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku kalkulacji kosztów przedstawionych przez firmę PPH U „SMAKPOL”.

Zdaniem Odwołującego, w badanym postępowaniu wykonawcy ograniczyli się wyłącznie do przedstawienia - niekompletnych, jak wykazano powyżej - kalkulacji ceny oferty, bez wskazania jednak czynników i okoliczności, które miały wpływ na przyjęcie takich właśnie czynników cenotwórczych (nie załączono żadnych dowodów) i już ta przyczyna była wystarczająca do odrzucenia kwestionowanych ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła M..... W....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą PPHU DUKAT M..... W....., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący, DUKAT).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, jednak Izba uznała wniosek ten za niemożliwy do uwzględnienia. Zamawiający mianowicie argumentował, że dzień przed rozprawą dokonał ponownego szacowania wartości zamówienia i doszedł do wniosku, że w pierwotnych szacunkach popełnił błąd, a prawidłowa wartość zamówienia powinna być ustalona poniżej tzw. progów unijnych. Do akt sprawy złożył pismo potwierdzające powyższe, datowane na dzień rozprawy – 9 maja 2013 r. Izba uznała, że wartość zamówienia jest ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania i ta wartość determinuje sposób prowadzenia postępowania. Zamawiający do tej pory prowadził postępowanie stosowanie do przepisów odnoszących się do postępowań powyżej progów unijnych, opierając się na wartości ustalonej przed wszczęciem postępowania na kwotę 1 611 203,71 zł (400 836,83 euro), co wynika z protokołu postępowania druk ZP-PN pkt 2.2. Odwołujący wniósł odwołanie, o którym miał prawo sądzić nie zostanie odrzucone, kierując się racjonalnymi przesłankami – nie miał żadnych podstaw, aby przypuszczać, że wartość zamówienia podana jest wadliwie. Izba rozważając ewentualność odrzucenia odwołania stwierdziła, że mogłoby to prowadzić do rozwiązań niekorzystnych systemowo; korzystniejsze jest przyjęcie, że kwota ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania jest kwotą ostateczną z punktu widzenia określenia sposobu prowadzenia postępowania, a przynajmniej nie może być uznana za skuteczną próbą „prostowania” na tym etapie ustalonej wcześniej wartości. Niezależnie od powyższego, trzeba zauważyć, że w razie wątpliwości co do odrzucenia odwołania słuszne wydaje się merytoryczne rozpatrzenie odwołania.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a obie oferty kwestionowane z powodu rażąco niskiej ceny zostałyby odrzucone – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na kolejnym miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 1 740 100,00 zł brutto (druk ZP-PN pkt 8.1 – kopia protokołu i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).
2. Dnia 29 marca 2013 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert - w postępowaniu złożone zostały cztery oferty:
 - oferta złożona przez Przystępującego – z ceną 1 432 253,00 zł brutto;
 - oferta złożona przez R..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Smakpol” R..... S..... -1 439 354,88 zł brutto;
 - oferta złożona przez Odwołującego -1 708 050,24 zł brutto;
 - oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CATERMED SA i REBUS Sp. z o.o. -1 809 846,72 zł brutto.
3. Obecnie na rzecz Zamawiającego usługę, będącą przedmiotem zamówienia wykonuje R..... S..... z ceną jednostkową 12,76 zł (pismo Zamawiającego z dnia 13 lutego 2013 r.), obsługę kuchni sprawują 4 osoby (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, niezakwestionowanym przez Odwołującego).
4. Zamawiający dokonał rozeznania rynku i z przeprowadzonych badań wynika, że obowiązujące stawki jednostkowe w okolicznych sześciu domach opieki społecznej wynoszą 12,83 zł, 13,12 zł, 9,77 zł, 13,87 zł, 12,36 zł, 12,76 zł (przy czym w DS, gdzie w 2013 r. obowiązuje stawka 12,76 zł, w 2012 r. wyniosła ona 12,76 zł, a w 2011 r. – 12,90 zł). Zatem przedział rynkowych stawek zawiera się pomiędzy kwotą 9,77 zł a 13,87 zł. W przedziale tym mieszczą się stawki oferowane przez Przystępującego (12,10 zł) i R..... S..... (12,16 zł); nie mieści się w nim stawka oferowana przez Odwołującego (ponad 14 zł).
5. Przystępujący realizował dla Zamawiającego przedmiot zamówienia odpowiadający przedmiotowi niniejszego postępowania w latach 2005-2012 (zgodnie z jego oświadczeniem na rozprawie, niezakwestionowanym przez Odwołującego).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej i nie było podstaw do odrzucenia ofert z powodu rażąco niskiej ceny.

Rzeczywiście przepisy art. 90 ust. 1-3 Prawa zamówień publicznych stwarzają domniemanie ceny rażąco niskiej - jeżeli wykonawca pytany o wyjaśnienia w tej kwestii nie złoży wyjaśnień bądź wyjaśnienia te nie są wystarczające, jego oferta podlega odrzuceniu. Niemniej jednak takie domniemanie nie może wynikać wyłącznie z samego skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień – muszą zaistnieć okoliczności uzasadniające to domniemanie. Z porównania cen ofert złożonych w postępowaniu wynika, że dwie najniższe ceny plasują się na niemal identycznym poziomie, dwie pozostałe są wyższe, przy czym ostatnia z nich przekracza ilość środków przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Równocześnie z rozeznania rynku dokonanego przez Zamawiającego oraz porównania jego wyników z obecnie obowiązującą u Zamawiającego stawką wynika, że na poziomie stawek rynkowych kształtują się stawki jednostkowe jedynie z dwóch najtańszych ofert, pozostałe dwie wykraczają poza przedział stawek rynkowych. Dodatkowo trzeba zauważyć, sam Odwołujący w odwołaniu wylicza, że najniższy możliwy koszt realizacji zamówienia to nieco ponad 1,5 mln zł, a więc – w tym kontekście jedynie – o ok. 135 tysięcy więcej, niż zaoferowana w postępowaniu najniższa cena, i znacznie mniej, niż cena oferty Odwołującego.

Ponadto, dwie najniższe ceny zaproponowały osoby prowadzące działalność gospodarczą, a więc o niższych przeciętnie kosztach niż pozostali wykonawcy – spółki kapitałowe. Dodatkowo osoby prowadzące działalność gospodarczą, które zaoferowały dwie najniższe ceny, mają – co nie zostało zakwestionowane w toku postępowania odwoławczego – doświadczenie w prowadzeniu prac na rzecz Zamawiającego, co pozwala im realnie ocenić możliwości zarówno ponoszonych kosztów, jak i możliwych oszczędności (np. przy organizacji pracy).

W takich okolicznościach trudno dopatrywać się rażąco niskiej ceny - skoro jedynie dwie najniższe ceny mieszczą się w cenach rynkowych oraz biorąc pod uwagę omówione wyżej czynniki obiektywne. Jeżeli w takiej sytuacji Zamawiający zwróci się z pytaniem do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to nie powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny; nawet mogłoby budzić wątpliwości odrzucenie ofert w razie braku jakiegokolwiek odpowiedzi. Na gruncie złożonych przez wykonawców wyjaśnień nie można uznać, że są one niewystarczające – rzeczywiście często sama kalkulacja nie wyjaśnia, dlaczego zaoferowano cenę tak niską, jednak w tym przypadku Odwołujący zgadzał się, że większość kosztów realizacji zamówienia jest kosztami stałymi, a więc realne oszczędności może przynieść koszt organizacji pracy (zatrudnienia pracowników). Zamawiający i Przystępujący twierdzili, opierając się na swoich dotychczasowych

doświadczeniach, że wystarczy do obsługi kuchni 4-5 osób (przy czym wg Przystępującego wystarczy 5 osób zatrudnionych na niepełny etat). Z uwagi na fakt, że w SIWZ nie było żadnych zastrzeżeń co do ilości osób i wymaganych godzin ich pracy, wywody Odwołującego w tym zakresie nie mogą zostać uwzględnione. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że główne oszczędności wynikają z zatrudnienia czterech osób niepełnosprawnych, na część etatu - 2 osoby o umiarkowanym i 2 osoby o lekkim stopniu niepełnosprawności (właśnie te osoby pracowały już u Zamawiającego w poprzednich latach; nadto planuje zatrudnić piątą osobę niepełnosprawną), a więc w wyliczeniach ujęto dofinansowanie z PFRON. Odwołujący wskazywał, że w kalkulacji błędnie podano kwotę dofinansowania – 2940,00 gdy tymczasem jest to kwota 2970 zł, i to liczona dla całego etatu. Izba zwraca uwagę, że w swojej kalkulacji Przystępujący faktycznie podał kwotę wskazywaną przez Odwołującego, jednak jest to kwota w kalkulacji odejmowana od miesięcznego wynagrodzenia pięciu osób – a więc łatwo obliczyć, że średnio na jedną osobę niepełnosprawną (zakładając zatrudnienie obecnie 4 osób o ograniczonej sprawności) przypada kwota dofinansowania w wysokości 735 zł, a więc nie jest to kwota nierealna, jest niższa od stałych kwot dofinansowania z tabeli przedłożonej przez Odwołującego, i mieszcząca się w limitach procentowych możliwych dofinansowań. Odnośnie braku uwzględnienia w kalkulacji Przystępującego wskaźnika inflacji – Zamawiający trafnie w odpowiedzi na odwołanie dostrzegł, że z SIWZ wynika, że cena osobodnia będzie podlegać corocznej waloryzacji.

Reasumując, nie było ani podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofertach Przystępującego i R..... S....., ani do zdyskwalifikowania złożonych przez nich kalkulacji.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....