

Sygn. akt: KIO 74/21

**WYROK**  
**z dnia 11 lutego 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2021 r. przez Odwołującą – **E. M.-C.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Cateringowa „GUSTO” E. M.-C. w Ostródzie, ul. Hanki Ordonówny 8 (14-100 Ostróda)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Powiatowy Szpital im. Władysława Biegańskiego w Iławie**, ul. Gen. Wł. Andersa 3 (14-200 Iława)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Catermed Spółka Akcyjna** z siedzibą w Łodzi przy ul. Traktorowej 126 (91-204 Łódź), **JOL-MARK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Portowej 16G (44-100 Gliwice) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującą – E. M.-C. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującą tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 Euro, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Powiatowy Szpital im. Władysława Biegańskiego w Łławie na świadczenie usługi całodziennego kompleksowego żywienia pacjentów Powiatowego Szpitala i. Władysława Biegańskiego w Łławie (nr referencyjny: 30/2020), ogłoszonym na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 3.12.2020r., wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (konsorcjum: Catermed S.A oraz Jol-Mark Sp. z o.o.), wykonawca – E. M.-C. wniósł w dniu 5 stycznia 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 74/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 138 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Przez wybór oferty konsorcjum „Catermed” i „Jol-Mark podczas, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność z ustawą Pzp. Jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ustawa z 16 kwietnia 1993 r., art. 15 ust. 1 pkt 1) poprzez sprzedaż towarów poniżej kosztów ich wytworzenia i ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

2) art. 138 ust. 2 w zw. z art. 7 pkt 1 Pzp – przez wybór oferty konsorcjum pomimo wątpliwości dotyczących poz. 4, 5, 6, 7 formularza cenowego, które powinny prowadzić do wykluczenia z postępowania lub wezwania do złożenia wyjaśnień.

3) art. 138 ust. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum, wykluczyć tego wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje (załącznik nr 3 do formularza oferty, formularz cenowy pozycje 4, 5, 6, 7) wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu, gdyż w kryterium oceny podana najniższa cena, w ofercie cenowej uzyskuje najwyższą liczbę punktów,

ewentualnie – przez zaniechanie wezwania konsorcjum w trybie art. 24 ust. 8 Pzp do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących złożonych przez niego informacji w załączniku nr 3 formularza oferty, na dowodów braku przesłanek do wykluczenia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownie badania i oceny ofert i wykluczenie konsorcjum oraz odrzucenie jego oferty, ewentualnie wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości, a w przypadku

zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą – unieważnienie tej umowy w całości.

#### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Podstawa faktyczna zarzutów została powiązana z wyceną poz. 4, 5, 6, 7 załącznika nr 3 – formularz ofertowy – cenowy.

Zamawiający w ogłoszeniu określił system pięcioposiłkowy ze wskazaniem dobowej kaloryczności poszczególnych posiłków (dobowego zapotrzebowania na energię): 20-25% śniadanie, 5-10% II śniadanie, 30-35% - obiad, 5-10% podwieczerek, 20-25% - kolacja. Wykonawcy mieli podać ceny jednostkowe netto i brutto z uwzględnieniem wszystkich wymagań Zamawiającego.

Za posiłki w postaci II śniadania i podwieczorka i posiłku nocnego dla cukrzyków konsorcjum zaoferowało cenę 0,35 zł. netto, co stanowi sprzedaż towarów poniżej kosztów zakupu i wytworzenia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w poprzednich latach za ten sam posiłek z tą samą gramaturą płacił 1,80 zł netto (lata 2019 i 2020) oraz w styczniu 2021 r. – 2 zł netto.

Konsorcjum zaoferowało cenę 1,30 zł netto za dostarczanie drożdżówek, co nie pokrywa kosztów zakupu z tym związanych, tj. pracy ludzi, transportu, zysku i stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z rozeznania rynku Odwołujący ustalił, iż tylko dwie piekarnie mogą zaoferować cenę 1,29 zł netto lecz tylko do końca 2020 r. Za ten sam posiłek z tą samą gramaturą Zamawiający w poprzednich latach płacił cenę 1,85 zł netto oraz 2,30 zł netto (lata 2019 i 2020 oraz styczeń 2021r.).

Oferta konsorcjum nie mogła podlegać ocenie, jako niezgodna z ustawą i powinna być odrzucona. Dokonując jej wyboru Zamawiający naruszył wszystkie podstawowe trzy zasady z art. 138o ust. 2, tj. przejrzystości, obiektywizmu i niedyskryminacji.

Dokonany wybór stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił warunki, których spełnienia wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie, którzy nie podlegają wykluczeniu w oparciu o przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Uprawnione, w ocenie Odwołującego jest domniemanie, iż konsorcjum podając informacje w formularzu cenowym z pominięciem podstawowych informacji zawartych w ogłoszeniu, wprowadziło Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego wybrane konsorcjum (Catermed S.A., JOL-MARK Sp. z o.o.).

## **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”, a w zakresie postępowania odwoławczego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 2019 ze zm.).

Izba uznała, iż Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu ma interes w złożeniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Sytuacja Odwołującego wymaga podjęcia kroków prawnych w celu uchylenia skutków niekorzystnych dla tego wykonawcy decyzji uniemożliwiającej udzielenie mu zamówienia. Tym samym spełnione zostały przesłanki z art. 505 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w zakresie związanym z podstawą faktyczną zarzutów, tj. oceną oferty konsorcjum: Catermed S.A, JOL-MARK Sp. z o.o., Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie art. 138o ustawy Pzp obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania, dla zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej 750.000 euro.

W ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 3.12.2020r. Zamawiający określił wymagania dotyczące gramatury posiłków, ich wartości kalorycznej i zawartości składników odżywczych dla obowiązującej nomenklatury diet. Posiłki (w zależności od systemu dobowego, rodzaju diety) obejmują: I śniadanie, II śniadanie, obiad (zupa, II danie), podwieczorek i kolację posiłek nocny. System 5-posiłkowy przewidziany został dla diet cukrzycowych i innych specjalnych wymagających dodatkowych posiłków (dzieci – Oddział Pediatryczny oraz kobiety karmiące – Oddział położniczy). Wartość kaloryczna posiłków została określona oddzielnie dla systemu 3-posiłkowego oraz 5-posiłkowego w przedziale procentowym.

W ogłoszeniu Zamawiający zamieścił dodatkowo między innymi opis warunków udziału w postępowaniu, w tym wskazał na podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku braku spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku wykazania, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 Ustawy.

W pkt XI ppkt 1 ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż złożenie więcej niż jednej oferty lub złożenie oferty zawierającej propozycje alternatywne spowoduje odrzucenie wszystkich ofert złożonych przez wykonawcę. W pkt XVII ppkt 13 ogłoszenia Zamawiający wskazał podstawę

do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 7 b Ustawy, w przypadku gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Załącznikiem do ogłoszenia był opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający szczegółowo określił warunki świadczenia usługi, w tym m.in. średnią dzienną ilość posiłków: I śniadanie – ok. 200, II śniadanie – ok. 40 (dieta cukrzycowa, dla dzieci – oddział pediatryczny, dla kobiet karmiących – oddział położniczy), obiady – ok. 200 + 20 porcji dla pacjentów oddziału dziennej psychiatrii, podwieczorki – ok. 40 (dieta cukrzycowa, dla dzieci – oddział pediatryczny, dla kobiet karmiących – oddział położniczy) oraz 30 drożdżówek (OTUA), kolacje – ok. 200, dodatek nocny na dietę cukrzycową oraz na oddział położniczy – ok. 30. Zamawiający opisał 13 diet występujących w szpitalu określając dla każdej z nich założenia, wskazania i charakterystykę oraz zastrzegł prawo zgłoszenia diety indywidualnej. Opisana została gramatura poszczególnych gotowych dań, w tym dla posiłku nocnego: *kanapka – pieczywo razowe 60g, masło extra 5g, szynka 30g (lub ser twarogowy 40g lub jajko 50g), warzywo.*

Do oferty należało załączyć wypełniony formularz oferty (załącznik nr 3 do ogłoszenia). W formularzu należało podać cenę brutto oferty, stanowiącą sumę wszystkich pozycji formularza oraz ceny jednostkowe danej pozycji. Cena oferty uwzględniać miała wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów (pkt XIV ogłoszenia). W załączniku nr 3 Zamawiający ujął pozycje asortymentowe – posiłki (poz. 1-7), dla których wymagał wskazania średniej ceny na pacjenta dziennie przy szacowanej ilości posiłków. W pozycjach 1-3 szacowana ilość posiłków wynosi 200x731 (146 200 szt.). Pozycje 4, 5 odpowiednio wyceniane były dla ilości 29 240 szt. (40x731), a pozycje 6 i 7 dla ilości 21 930 szt. (30x731).

Zamawiający określił dwa kryteria oceny: cena – 60% oraz jakość – 40%.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców z cenami: 3.341.753,28 zł brutto (Odwołujący) oraz 2.977.044,30 zł (konsorcjum). Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę brutto 3.385.360,08 zł.

Konsorcjum w pozycjach 4, 5, 7 formularza cenowego przyjęło cenę netto posiłku – 0,35 zł, a w poz. 6 – 1,30 zł netto (drożdżówka).

**Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie w całości.**

Zarzuty w odwołaniu zasadniczo dotyczyły oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza w sytuacji, kiedy część pozycji formularza cenowego miała (w ocenie Odwołującego)

świadczyc o czynie nieuczciwej konkurencji, jakim jest oferowanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia. Odwołujący swój wywód opierał na założeniu, iż podana średnia cena 0,35 zł netto za II śniadanie, podwieczorek oraz dodatek nocny oraz 1,30 zł netto za drożdżówkę, nie pozwala przygotować w pełni wartościowego posiłku spełniającego wymagania Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący przyznał, iż poziom cen dwóch ofert złożonych w postępowaniu jest zbliżony i nie formułował zarzutu rażąco niskiej ceny.

Na wstępie należy zauważyć, iż przedmiotowe zamówienie prowadzone jest według szczególnej procedury przewidzianej w art. 138o Ustawy dla zamówień na usługi społeczne, dla której zasadniczo sformułowana została ogólna wytyczna wyznaczająca ramy dla oceny czynności zamawiającego. W art. 138o Ustawy wskazano, iż zamawiający udziela zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej kwoty określonej w art. 138 g ust. 1 (750 000/1 000 000 euro) w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

W niniejszym zamówieniu należało uwzględnić zakres informacji ujętych w ogłoszeniu, które wiązały zamawiającego i pozwalały na ocenę jego czynności w kontekście zasad wskazanych powyżej.

Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu konieczności przygotowania szczegółowych jadłospisów dla poszczególnych diet, stąd w formularzu cenowym ujęte zostały uśrednione ceny bez opisywania gotowych posiłków. Powyższe czyniło niemożliwym odniesienie się do twierdzeń Odwołującego dotyczących braku uwzględnienia w wycenie produktów spełniających warunki kaloryczności, gramatury, czy też wartości odżywczych. Izba pominęła twierdzenia Odwołującego w tym zakresie, jako spekulacyjne i nie mające odniesienia wprost do założeń przyjętych w ofercie. Z uwagi na konieczność uwzględnienia szeregu zmiennych wynikających z ilości i rodzaju diet, dla wykazania zasadności zarzutów konieczne było wykazanie, iż uśredniona wartość posiłku nie pozwala na przygotowanie pełnowartościowego dania, w zależności od ilości posiłków zamawianych w danym dniu. Samo zestawienie uśrednionej ceny nawet z szacunkami Zamawiającego nie przedstawia pełnego obrazu okoliczności wpływających na wycenę oferty. Ponieważ dostawa posiłków obejmuje w danym daniu zarówno posiłki w systemie 3-posiłkowym, jak i 5-posiłkowym, koszty usługi należy rozkładać na całość zamówienia. Faktycznie bez analizy szczegółowych jadłospisów nie ma możliwości stwierdzenia, jak rozkładają się koszty usługi na konkretny posiłek. Ponieważ udział pozycji kwestionowanych przez Odwołującego w całości posiłków przewidzianych do realizacji jest nieznaczący, nie można wskazać, aby były to elementy istotnie wpływające na kalkulację kosztów, które wiążą się z codzienną dostawą posiłków. W ofercie Odwołującego stanowią one ok 8% ceny zaoferowanej za całość zamówienia. W ofercie konsorcjum pozycje od 4-7 stanowią ok 2% ceny brutto oferty. Różnica pomiędzy tymi ofertami w cenie brutto wynosi 364 708,98 zł, co znacząca przekracza wartość spornych

pozycji formularza cenowego i pozwala przyjąć, iż to nie te pozycje miały decydujący wpływ na pozycję oferty Odwołującego w rankingu ofert.

Ponieważ Odwołujący nie kwestionował, a wręcz przyznał, iż ceny dwóch ofert są porównywalne, a w ogłoszeniu Zamawiający nie przewidział procedury z art. 90 Ustawy, nie było podstaw do stwierdzenia, iż miałyby dojść do naruszenia zasad, na jakich oceniane były oferty. Należy podkreślić występującą w tych zamówieniach różnicę w stosunku do postępowań prowadzonych na zasadach ogólnych, gdzie zastosowanie znajdują przepisy Ustawy w pełnym zakresie. Jeżeli zamawiający nie przewidział podjęcia dodatkowych czynności poprzedzających czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zasada przejrzystości postępowania w zasadzie sprzeciwia się wprowadzeniu dodatkowych procedur wcześniej nie opisanych w ogłoszeniu.

Nie oznacza to, iż na zamawiającym nie spoczywa obowiązek zachowania uczciwej konkurencji, co może oznaczać konieczność wyjaśnienia zaoferowanej ceny, tak, aby móc ustalić, czy złożone oferty są porównywalne i pozwalają wyłonić ofertę najkorzystniejszą. W niniejszej sprawie Odwołujący nie kwestionował w ofercie wybranej ceny oferty brutto, która była zbliżona do jego oferty i szacunków Zamawiającego, a to kwota za całość zamówienia była podstawą dla porównania ofert w kryterium cena. Przeciwnie wskazał, iż oferta konsorcjum i jego oferta są zbliżone cenowo, co w ocenie Izby oznaczało przyznanie możliwości porównania ze sobą ofert, co Zamawiający uczynił przyznając punkty zgodnie z określonym kryterium – waga 60%.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 553 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania na podstawie art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019r. oraz w oparciu o przepisy § 37 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. poz. 2453) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 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. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika ustalone na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....