

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2015 r. przez wykonawcę **Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych im. dr J. Bednarza, ul. Sadowa 18, 86-100 Świecie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Mickiewicza 37, 88-400 Żnin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych**

im. dr J. Bednarza, ul. Sadowa 18, 86-100 Świecie kwotę **3600** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Wojewódzki Szpital dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. dr J. Bednarza, ul. Sadowa 18, 86-100 Świecie, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Usługa cateringowa dla Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych im. dr. J. Bednarza w Świeciu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DUUE pod nr 2015/S 024-040191 z dnia 04 lutego 2015 r.

W dniu 19 marca 2015 r. wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. K., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zwany dalej „Odwołującym” otrzymał od Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr PN- 2/DGT/2015 z dnia 19 marca 2015r.) za która została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Martina Catering Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Eksport-Import "Martina" M. W., ul. Mickiewicza 37, 88-400 Żnin.

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 30 marca 2015 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy: Konsorcjum PUH Martina Catering Sp. z o.o. oraz PPHU Eksport- Import Martina W. M. z siedzibą w Żninie ul. Mickiewicza 37, zwane dalej jako „Konsorcjum Martina”, jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, jak również z uwagi na nieudzielenie przez wybranego Wykonawcy wyczerpujących wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących oferty .wybranego Wykonawcy;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wybranego Wykonawcy,

6) art. 91 ust. 1 i '2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwą ocenę przez Zamawiającego oferty wybranego Wykonawcy w podkryterium „odległość zakładu gastronomicznego”,

7) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum Martina,
nakazanie Zamawiającemu odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych - oferty złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum Martina, gdyż :
 - a) jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - b) zawiera rażąco niską cenę;
 - c) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
 - d) Wykonawca nie złożył na wezwanie Zamawiającego wyczerpujących wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych.
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wybranego Wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych;
- 3) nakazanie Zamawiającego dokonania prawidłowej oceny punktacji w pod kryterium „odległość zakładu gastronomicznego”
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącej rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego „Konsorcjum Martina”, podał, że zaoferowana cena znacznie odbiega od wartości, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Cena oferty tak znacznie odbiega od wartości przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, gdyż według Odwołującego została skalkulowana wadliwie i nieprawidłowo z dużym elementem niedoszacowania kosztów bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz realizacji szeregu prac podanych w zakresie czynności. Na tą okoliczność przedstawił tabelę w której dokonał porównania kosztów rodzajowych w ofercie wybranej z wielkością swoich kosztów wykazanych w ofercie, równocześnie uznając, że koszty w swojej ofercie zaoferował na minimalnym poziomie i tym samym niemożliwe jest skalkulowanie ich jeszcze poniżej tej kwoty. Podał, że posiada pełną wiedzę i wieloletnie doświadczenie przy wykonywaniu usługi określonych w SIWZ. Wiedza dotycząca przedmiotu zamówienia oraz wieloletnie doświadczenie pozwala oszacować

realne koszty wykonania usługi. Wobec tego nie ulega wątpliwości, iż oferta wybranego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską ceną oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W zakresie złożenia przez wybranego wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oferty podał, że każde złożenie oferty z rażąco niską ceną jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji wobec ofert pozostałych wykonawców. Stwierdził nadto, że oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia (cena dumpingowa do której kwalifikowana jest również cena rażąco niska) jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa zarówno w przywołanej powyżej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wybranego Wykonawcy podał, że Zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również czy treść oferty złożonej przez Wykonawcę odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy prawo zamówień publicznych, a przedmiotowe wyjaśnienia nie spełniają wymogów dla tajemnicy przedsiębiorstwa o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podniósł również zarzut, że wybrany Wykonawca winien zostać również wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z pkt. 9.9.1 ppkt. 3 SIWZ Zamawiający żądał, aby każdy Wykonawca przedstawił ważny certyfikat wdrożenia norm ISO 22000:2005. Wykonawca przedstawił na str. 10 oferty certyfikat ISO wystawiony dla kuchni w Żninie, mimo że w ofercie zaproponował realizację usług z kuchni w Bydgoszczy ul. Szpitalna. Wykonawca nie przedstawił stosownego certyfikatu z kuchni w Bydgoszczy. Wykonawca zaproponował zatem realizację usługi z obiektu, który nie był certyfikowany według norm ISO 22000:2005. W rezultacie oferta Wykonawca winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. pkt. 3.17 SIWZ, pkt. 8.5 ppkt. 2) SIWZ).

Ponadto Wykonawca nie ma uprawnień do korzystania z kuchni w Bydgoszczy dla wykonywania usług żywienia, gdyż nie uzyskał zgody właściciela kuchni na taką działalność. Wykonawca w tym zakresie złożył zatem nieprawdziwe informacje i w konsekwencji winien

zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Kuchnia w Bydgoszczy nie jest, zakładem gastronomicznym Wykonawcy w rozumieniu postanowień pkt. 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Odwołujący stwierdził również, iż Zamawiający wadliwie na gruncie przepisu art. 91 ust. 1 i 2 ustawy prawo zamówień publicznych przyznał Wykonawcy punktację w podkryterium odległość, gdyż winien uwzględnić odległość od kuchni w Żninie tj. 88 km, a nie od kuchni w Bydgoszczy tj. 54 km.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podał, że nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Nie naruszył dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i w żaden sposób nie naruszył zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wskazał w uzasadnieniu odwołania żadnych konkretnych przejawów nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, ani też nie wskazał w jaki sposób Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Jeśli przyjąć, co jednoznacznie nie wynika ze złożonego odwołania, że mając na myśli zarzuty sformułowane w pkt. 1 Odwołujący miał na myśli wybór oferty, która zawiera rażąco niską cenę, to nie sposób się z tym twierdzeniem zgodzić. W dniu 13 marca 2015 r. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy- Konsorcjum Martina, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2002 nr 200, poz. 1679 z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca pismem z dnia 18 marca 2015 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, z których wynika, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający po przeanalizowaniu udzielonych wyjaśnień uznał, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska i tym samym nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, przy uwzględnieniu jego wiedzy, cena przedstawiona przez Wykonawcę została skalkulowana prawidłowo, koszty zostały prawidłowo oszacowane, uwzględniono ceny rynkowe. Na akceptację nie zasługują także twierdzenia Odwołującego się, jakoby Zamawiający utrudniał Odwołującemu dostęp do rynku i tym samym naruszył ustawę o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji.

Poza głośnym twierdzeniem, Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów, ani tym bardziej dowodów na ich poparcie.

Odnosząc się do się do tego zarzutu stwierdził, iż odrzucenie Wykonawcy Konsorcjum Martina w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych ze względu na fakt wykazania przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Błędne domniemanie Odwołującego, jakoby oferta Wykonawcy zawierała rażąco niską cenę nie zostało poparte analizą dokumentów dostarczonych w tej sprawie przez Wykonawcę Zamawiającemu.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podkreślił iż odrzucenie oferty Wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby niezgodne z przepisami prawa zamówień publicznych ze względu na fakt, że treść przedmiotowej oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający nie miał prawa udostępnić odpowiedzi Wykonawcy dotyczącej wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Treść tego pisma oraz jego załączników została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa w oparciu o przepisy art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżenie, o którym mowa w tym punkcie jest prawnie dozwolone i zgodne z orzecznictwem KIO (n.p. Wyrok z dnia 30.06.2011 r., Sygn. Akt: KIO 1243/11).

Wskazał także, iż wykluczenie Wykonawcy KONSORCJUM w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych było w ocenie Zamawiającego niemożliwe.

Ponadto Zamawiający podkreślił, iż nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w przedmiocie wadliwej oceny kryterium „Odległość zakładu gastronomicznego Wykonawcy od siedziby Zamawiającego (km)”. To nie Zamawiający oceniał odległości, a jedynie przyznawał odpowiednie ilości punktów zgodnie z pkt 18.1 SiWZ. Koniecznym jest również wskazanie, iż nawet hipotetyczne nie przyznanie Wykonawcy KONSORCJUM jakichkolwiek punktów w tym kryterium nie miałyby wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, stwierdził iż Zamawiający w SIWZ określił wymóg posiadania przez wykonawcę ważnego certyfikatu wdrożenia norm ISO 22000:2005, ale nie określił, że takowy certyfikat musi posiadać konkretna kuchnia, która faktycznie będzie przygotowywała posiłki. W ocenie Zamawiającego certyfikat miał potwierdzać to, że wykonawca ma wdrożone normy ISO 22000:2005 i taki wymóg niewątpliwie spełniło Konsorcjum Martina. Konieczne jest także wskazanie, iż takie działanie Zamawiającego było

celowe, aby ofert w postępowaniu było możliwie najwięcej, co miało na celu umożliwienie wybrania oferty jak najbardziej korzystnej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wybrany wykonawca, który w prezentowanym stanowisku poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu, chociaż zarzut naruszenia przepisu art 8 ust 1-3 ustawy Pzp potwierdził się, lecz Izba uznała iż w stanie faktycznym sprawy nie ma on wpływu na wynik postępowania /art. 192 ust.2 Pzp/.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Nadto stwierdziła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej na czynności Zamawiającego dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakładu Usług Gastronomicznych W. L. . Wobec tego przystąpienia Zamawiający zgłosił opozycję. Zgłaszający przystąpienie wykazując swój interes w przystąpieniu podniósł, iż wywodzi go z możliwości zaistnienia okoliczności, że w przypadku uwzględnienia odwołania możliwy jest wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec takiej argumentacji Izba uwzględniła opozycje uznając, że przywołuje on „interes odwołującego” z art. 179 ust.1 Pzp a nie interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie /art. 185 ust.2 Pzp/. Ponadto biorąc pod uwagę miejsce tego wykonawcy na liście wykonawców po ocenie ofert, to gdyby nawet odwołanie zostało uwzględnione to i tak przystępujący Zakład Usług Gastronomicznych W. L. nie miałby szansy na uzyskanie tego zamówienia.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie tego przepisu. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej

ocenie wykonawców. Poza przywołaniem przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w sformułowanym zarzucie brak jest jakiegokolwiek wskazania w uzasadnieniu odwołania, okoliczności faktycznych, mogących uwiarygodnić podniesiony zarzut. Izba nie może się domniemywać co miał na myśli wykonawca podnosząc przedmiotowy zarzut. Ponadto zarzut z art. 7 ust. 1 lub 3 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutu odwołania, gdyż wykazanie jego naruszenia winno nastąpić poprzez jego odniesienie do naruszenia konkretnego przepisu szczegółowego ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy pomimo tego, że oferta zawierała rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, jak również z uwagi na nieudzielenie przez wybranego Wykonawcy wyczerpujących wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Na wstępie stwierdzić należy, że cena jednostkowa dziennego wyżywienia pacjenta szpitala Zamawiającego, zaoferowana przez wybranego wykonawcę wynosiła 7,78 zł. Zdaniem Odwołującego nie jest jednak możliwe przygotowanie dziennego posiłku dla jednego pacjenta - przy wsadzie do kotła w wysokości 6,00 zł, za kwotę niższą niż 8,24 zł netto. Tym samym kwota zniżenia dziennego kosztu, według Odwołującego wynosi 0,46 zł, co odpowiada w przybliżeniu niedowartościowania zamówienia o około 5,6%.

Odwołujący swoją kalkulację oparł się między innymi na założeniu, że dla przygotowania średnio 475 posiłków dziennie niezbędne jest zatrudnienie na całym etacie min. 8 pracowników, a także niezbędne jest ponoszenie dziennego kosztu transportu przygotowanych posiłków do Zamawiającego w kwocie 216 złotych, oraz 2000,00 zł miesięcznie z tytułu amortyzacji sprzętu kuchennego i kosztu zakupu innych artykułów pozaspożywczych.

Zamawiający i Przystępujący odnosząc się do powyższych wyliczeń podnieśli, że w kuchni w której Przystępujący zamierza wykonywać zamówienie, są również świadczone usługi żywieniowe dla innych podmiotów, tym samym może on w sposób bardziej efektywny rozłożyć koszty jednostkowe na poszczególne usługi. Tym samym stwierdzili, że np. przy zachowaniu odpowiedniej organizacji pracy może on przygotowywać posiłki dla Zamawiającego mniejszą ilością personelu niż to wynika ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego.

Zarzucili Odwołującemu, że ten stara się w swoim odwołaniu wykazać, iż tylko jego sposób kalkulacji jest sposobem właściwym i tylko przyjęcie kosztów we wskazanej przez niego wysokości umożliwi prawidłowe wykonanie zamówienia. Przystępujący oświadczył, że biorąc pod uwagę sytuację w jakiej się on znajduje może tą usługę przy zachowaniu wyliczonych przez zamawiającego kosztów wykonać w sposób znacznie tańszy.

Wskazał między innymi, że nie będzie także ponosił żadnych dodatkowych kosztów na uruchomienie tejże kuchni, gdyż ona już funkcjonuje i ma moce przerobowe umożliwiające wykonywanie dodatkowego zamówienia.

Izba odnosząc się do powyższych stanowisk stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia, że tylko zatrudnienie wskazanej przez Odwołującego ilości personelu zabezpiecza wykonawcom wykonanie zamówienia. W sytuacji kiedy kuchnia w której mają być przygotowywane posiłki już funkcjonuje, tzn. przygotowuje posiłki dla innych niż Zamawiający podmiotów i ma wolne moce przerobowe w tym zakresie, to niewątpliwym jest że przy podjęciu odpowiednich działań organizacyjnych ma możliwość wykonywania posiłków przy ponoszeniu niższych kosztów niż miało to być miejsce, gdyby taka kuchnia była uruchamiana tylko dla wykonywania tego zamówienia.

Ponadto w zakresie ponoszenia kosztów dowozu przygotowywanych w kuchni Szpitala w Bydgoszczy posiłków do Szpitala Zamawiającego stwierdzić należy, że wykonawca zamierza realizować dowóz własnym środkiem transportu, który już posiada. Tm samym również z tego powodu wykonawca może realizować usługę taniej niż twierdzi Odwołujący, gdyż niewątpliwym jest, że koszt dowozu własnym środkiem transportu jest z zasady tańszy niż koszt najmu do wykonywania tej czynności samochodu będącego własnością innego podmiotu.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, a także fakt, że różnica pomiędzy ceną wyliczoną przez Odwołującego, a zaproponowana przez wybranego wykonawcę wynosi około 5,6% to brak jest podstaw do uznania iż wybrany wykonawca zaoferował w ofercie cenę rażąco niską.

Jeśli nie potwierdził się zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną to tym samym brak jest podstaw do przyjęcia iż po pierwsze, oferta tegoż wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a po drugie, nie zachodzą podstawy do naruszenia przepisu art. 90 ust. 1-3 Pzp, a w szczególności możliwości odrzucenia oferty z powodu złożenia wyjaśnień które nie potwierdziły realności ceny oferty. Ponadto Izba nie akceptuje stanowiska prezentowanego Odwołującego, jakoby *w każdym przypadku, kiedy wykonawca oferuje ceny poniżej racjonalnych kosztów, dopuszcza się złożenia ofert w ramach nieuczciwej konkurencji, a tym samym wyczerpuje dyspozycję z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.* Podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca w art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 wskazał dwie odrębne przesłanki odrzucenia oferty, dlatego też fakt złożenia oferty z rażąco niską ceną nie przekłada się wprost na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, winno wynikać z celowego, ukierunkowanego działania wykonawcy, polegającego na świadomym dążeniu do oferowania wykonania zamówienia poniżej cen rynkowych, tylko po to, aby danemu wykonawcy lub grupie wykonawców uniemożliwić uzyskanie zamówienia lub wyeliminowania

ich z danego rynku usług. Tego w tym postępowaniu Odwołujący w żaden sposób nie wykazał.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niewykluczenia wykonawcy Konsorcjum Martina z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp stwierdzić należy na wstępie, że wskazany ustęp 4 tegoż przepisu nie jest podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a dotyczy odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący, przedmiotowy zarzut łączył między innymi z przyjmowanym stanowiskiem, że wybrany wykonawca zamierza realizować usługę produkcji posiłków w kuchni Szpitala w Bydgoszczy pomimo tego, że nie posiada zgody dysponenta obiektu – Szpitala, na wykonywanie w niej produkcji posiłków dla potrzeb innych podmiotów niż potrzeby pacjentów Szpitala w Bydgoszczy. W trakcie rozprawy Zamawiający z Przystępującym skutecznie wykazali, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przygotowywanie posiłków dla pacjentów Szpitala w Bydgoszczy, Zamawiający pismem z dnia 2007.02.16 w odpowiedzi na pytania wykonawców - pytanie 16, oświadczył, że *„Zamawiający dopuszcza możliwość produkcji w kuchni posiłków dla odbiorców zewnętrznych”* pod warunkiem, że nie zostanie zmieniony charakter kuchni. Dlatego też zarzut w tej części nie znalazł potwierdzenia.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji Odwołujący łączył również z wymogiem SIWZ pkt 9.9.1 ppkt 3, gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił certyfikat wdrożenia norm ISO 22000:2005. Wybrany wykonawca w ofercie przedłożył certyfikat ISO, który jednak dotyczył certyfikowanej siedziby wykonawcy w miejscowości Żnin ul. Mickiewicza 37, a nie jak uważał Odwołujący, że certyfikat winien dotyczyć miejsca gdzie wykonawca zaoferował wykonywanie posiłków na rzecz pacjentów Zamawiającego.

Izba odnosząc się do samego charakteru certyfikatu wskazuje, że certyfikat ISO 22000:2005 ma zastosowanie do systemu zarządzania bezpieczeństwem żywności, polegającym na organizacji jej dystrybucji począwszy od producentów przez przetwórstwo aż po hurtowników, detalistów oraz branżę hotelowo-restauracyjną i system transportowy. Tym samym dokument ISO ma cechy dokumentu podmiotowo –przedmiotowego, gdyż z jednej strony wskazuje na posiadanie przez podmiot na rzecz którego został wystawiony określonych umiejętności w zakresie łańcucha obiegu żywności oraz odpowiedniego dokumentowania tych czynności, a z drugiej legitymizuje miejsce które podlegało certyfikacji iż jest ono odpowiednio przystosowane do wykonywania w nim zasady dobrych praktyk higienicznych i produkcyjnych. Dlatego też niewątpliwym jest, że wykonywanie określonych czynności z żywnością czy jej przetwarzaniem przez podmiot w miejscu wskazanym w certyfikacie, daje rękojmię należytego, zgodnej z normami produkcji posiłków. Taki cel zdaniem Izby, winien był przyświecać Zamawiającego wpisując ten wymóg do SIWZ. Wobec

powyższego w sprawie wystąpiły wątpliwości czy złożenie certyfikatu przez wykonawcę spełniało wymagania SIWZ. Zauważyć należy, że Zamawiający w SIWZ poza potrzebą złożenia dokumentu wskazanego certyfikatu nie nadał temu wymaganiu żadnych dalszych uszczegółowień, ani sankcji za jego niezłożenie, co wydaje się błędem Zamawiającego. Z formalnego punktu widzenia jednak wykonawca wymagany certyfikat złożył wraz z ofertą.

Zamawiający na rozprawie prezentował stanowisko iż zadając złożenia certyfikatu ISO miał na względzie potrzebę udokumentowania przez wykonawcę, że posiada on wiedzę co do zasad produkcji posiłków z zachowaniem dobrych praktyk higienicznych. Dlatego też nie wymagał, aby certyfikat był ponadto wydany na miejsce gdzie wybrany wykonawca będzie prowadził produkcje posiłków dla pacjentów Szpitala Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że w związku z istniejącymi wątpliwościami w tej kwestii spowodowanymi niejasnymi wymogami w tym zakresie wskazanymi w SIWZ, iż samo złożenie wymaganego certyfikatu spełniało wymóg SIWZ, powyższy zarzut oddaliła. Występujące wątpliwości w tym zakresie nie mogły być podstawą odrzucenia oferty, gdyż wątpliwości należy tłumaczyć na korzyść wykonawców. Zauważenia wymaga także to, że kwestionowanie przez Odwołującego ilości przyznanych punktów wykonawcy za miejsce przygotowywania posiłków tj. w Bydgoszczy i ewentualne przeniesienie tej produkcji do miejsca certyfikowanego dokumentem ISO- Żnina, nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż ilość przyznanych punktów Konsorcjum Martina uległoby zmniejszeniu tylko o 2,7 pkt-a, a to nie zmieniałoby miejsca wykonawców na ustalonej w wyniku oceny oferty listy rankingowej.

Wobec powyższego nie zaistniały w sprawie przesłanki do zastosowanie wobec przystępującego sankcji z art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niezasadnego uznania przez Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia w zakresie ceny oferty stawią tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny. W tym zakresie wskazać należy, że nie tylko treść dokonanych zastrzeżeń nie spełniała wymogów z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale także uszło uwadze Zamawiającemu, że treść art. 8 ust.3 ustawy Pzp została zmieniona w wyniku nowelizacji z 2014 roku. Znowelizowany art. 8 ust. 3 Pzp przewiduje obowiązek nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzeże, że nie mogą być one udostępniane **oraz wykaże**, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do dnia wejścia w życie nowelizacji zamawiający zwykle prosili wykonawców o złożenie stosownego wyjaśnienia w tym zakresie po stwierdzeniu, iż miało miejsce zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Obecnie na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania zastrzeżonych

informacji, spełnienia wszystkich przesłanek wymienionych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą, a także wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji.

W tym zakresie wykonawca takich wyjaśnień Zamawiającemu nie przekazał i jak stwierdził Zamawiający na rozprawie oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy ocenił tylko zapoznając się z treścią złożonych wyjaśnień. Dlatego też w takiej sytuacji dokonane zastrzeżenie należy uznać za niezasadne i niewykazane. Nadto Izba analizując treść złożonych wyjaśnień uznała, że nie zawierają one treści mogących stanowić tajemnice przedsiębiorstwa.

Jednakże biorąc po uwagę fakt, że Odwołujący zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wiązał z wyjaśnieniami dot. ceny ofertowej, a także podniósł zarzut złożenia oferty z rażąco niską ceną, to Izba badając zarzut rażąco niskiej ceny dokonała oceny oferty w tym zakresie i tym samym oceniła zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa część oferty. W tej sytuacji odtajnienie przedmiotowych wyjaśnień nie może mieć wpływu na wynik postępowania, dlatego też odwołanie jako całość zostaje oddalone.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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