

WYROK
z dnia 26 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 stycznia 2015 r. przez **wykonawcę Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: Catermed S.A. (lider) oraz Rebus Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Siemaszki 15A, 31-201 Kraków**, zgłaszających 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 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.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 **Suwałkach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Szpital Wojewódzki im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach, ul. Szpitalna 60, 16-400 Suwałki (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], którego przedmiotem jest "Kompleksowa usługa żywienia pacjentów z zastosowaniem centralnego systemu dystrybucji, zmywania naczyń i sprzętu oraz usługa prowadzenia bufetu, świadczone na bazie pomieszczeń, wyposażenia i sprzętu dzierżawionych od Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach” wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie: Catermed S.A. i Rebus Sp. z o. o. (dalej „Konsorcjum” albo przystępujący”) pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz poprzez zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
2. unieważnienia decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum,
3. odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp oferty złożonej przez Konsorcjum, ponieważ zawiera rażąco niską cenę, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4. dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert, złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp odwołujący stanął na stanowisku, że czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum jest bezpodstawna i dokonana z naruszeniem prawa, gdyż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący podał, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców.

Podał także, że Konsorcjum zaoferowało cenę 4 534 152,00 zł brutto, 13,79 zł za osobodzień brutto, zaś odwołujący zaoferował cenę 4 941 864,00 zł brutto, 15,03 zł za osobodzień brutto, wskazując, że cena ofertowa Konsorcjum odbiega od ceny zaoferowanej przez odwołującego o ok. 9% i na tej podstawie uznał, że oferta Konsorcjum zawiera warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz bez uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi wskazanych przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

W ocenie odwołującego Konsorcjum drastycznie zaniżyło swoją cenę, co oznacza, iż nie jest w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, ani wygenerować jakichkolwiek zysków, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne, co dla zamawiającego stanowi ogromne niebezpieczeństwo i naraża go na wadliwe wykonanie postanowień umowy.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że przy takiej skali przedsięwzięcia oraz jego złożoności, powyższe dane jednoznacznie przesądzają o zastosowaniu cen nieuczciwych lub noszących znamiona pomyłki w liczeniu, nie uwzględniających wszystkich kosztów usługi bądź o ich nierealnym zniżeniu, na co – wedle odwołującego – ma wskazywać dalsza kalkulacja dokonana w zgodzie z opisem szczegółowym usługi zawartym w SIWZ w szczególności w załączniku nr 7 do SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przeznaczył na realizację całości zamówienia budżet w wysokości 4 241 520,00 zł brutto, zaś zgodnie z szacunkami zamawiającego ilość osobodni podczas trwania kontraktu wynosi 328 800 osobodni, tj. 9134 osobodni miesięcznie.

Przywołał, zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa żywienia pacjentów z zastosowaniem centralnego systemu dystrybucji, zmywania naczyń i sprzętu oraz usługa prowadzenia bufetu, świadczone na bazie pomieszczeń, wyposażenia i sprzętu dzierżawionych od zamawiającego.

Świadczone usługi obejmują:

1. usługę żywienia pacjentów polegającą na przygotowywaniu posiłków na bazie dzierżawionych pomieszczeń kuchni wraz z wyposażeniem,
2. wprowadzenie tacowego systemu dystrybucji posiłków wraz z wyposażeniem technologicznym kuchni w tym zakresie,
3. wprowadzenie centralnego systemu zmywania naczyń, tac, sztućców, wózków wraz z wyposażeniem technologicznym zmywalni centralnej w tym zakresie,
4. prowadzenie bufetu na potrzeby klientów /pracowników, pacjentów i innych osób/ na bazie dzierżawionych pomieszczeń, urządzeń i sprzętu bufetu szpitalnego.

Nadto wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do:

1. świadczenia usługi zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, a w szczególności z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2006r.nr 171 poz.1225),
2. przestrzegania obowiązujących przepisów w zakresie wywozu i unieszkodliwiania odpadów pokonsumpcyjnych zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21),
3. przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Higienicznej, zasad Dobrej Praktyki Produkcyjnej oraz zasad systemu HACCP,
4. przygotowywania posiłków o określonej przez zamawiającego ilości, uwzględniającej zalecenia dietetyczne, z zachowaniem wszelkich norm jakościowych produktów oraz norm sanitarnohigienicznych,
5. nieprzerwanego i niezakłóconego przygotowania na oddziały szpitalne posiłków o ściśle wyznaczonych przez zamawiającego porach i o ustalonej temperaturze,
6. przygotowania posiłków z produktów zakupionych we własnym zakresie przez wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że uśredniony koszt „wsadu do kotła”, który uzależniony jest od rodzaju diety, może ulec zmianie w różnych okresach czasu w trakcie realizacji zamówienia (na +). Odwołujący ocenił, wskazując że opiera się na informacjach zebranych od lokalnych dostawców, po uwzględnieniu rabatów handlowych, że minimalna kwota, jaką należy przyjąć to 5,36 zł netto.

Odwołujący podał, że zgodnie z ppkt. 5 załącznika nr 7 do SIWZ wykonawca zobowiązany jest do „wprowadzenia centralnej zmywalni i kompleksowego wyposażenia zmywalni w zmywarkę tunelową (wykonana ze stali nierdzewnej o wydajności co najmniej 2600 talerzy/godz., zawierająca moduł załadunku, sekcję mycia, sekcję płukania

i wyparzania, sekcję suszenia, moduł wyładunku) do mycia naczyń, sztućców, pokryw i podstaw termoizolacyjnych tac, i innych urządzeń służących do przewozu i podawania żywności wraz z wydzielonym stanowiskiem do mycia wózków zgodnie z obowiązującymi przepisami sanitarno-epidemiologicznymi”,

Odwołujący ocenił, wskazując że opiera się na dokonanej przez siebie wizji lokalnej, informacjach pozyskanych od zamawiającego oraz cenach rynkowych nowego sprzętu z uwzględnieniem rabatów handlowych, że koszt zakupu w/w urządzeń oraz wstępny koszt adaptacji pomieszczeń to ok. 165 000,00 zł netto.

Odwołujący podał, że zgodnie z ppkt. 6 załącznika nr 7 do SIWZ wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia odpowiedniej ilości wózków do transportu termoizolacyjnych tac, regałów i wózków do składowania i przewożenia umytych tac, naczyń i sztućców ze zmywalni do kuchni, zgodnie z ppkt. 7 załącznika nr 7 do SIWZ wykonawca przez cały okres trwania zamówienia jest zobowiązany do zapewnienia zmywania naczyń, sztućców, pokryw i podstaw tac przy użyciu sprawnej zmywarki tunelowej, zaś zgodnie z ppkt. 8 załącznika nr 7 do SIWZ na wykonawcy spoczywa obowiązek dostosowania kuchni i wprowadzenia systemu tacowego dystrybucji posiłków, w tym wyposażenia w profesjonalny taśmociąg o długości dopasowanej do ilości porcji, odpowiednią ilość wózków do przetrzymywania posiłków ciepłych oraz wózków pomocniczych, odpowiednią ilość wózków, naczyń i sztućców do dystrybucji posiłków, wreszcie wyposażenie tac termoizolacyjnych w naczynia porcelanowe w ilościach zapewniających właściwą dystrybucję posiłków.

Odwołujący ocenił, wskazując że opiera się na dokonanej przez siebie wizji lokalnej, informacjach pozyskanych od zamawiającego oraz cenach rynkowych nowego sprzętu z uwzględnieniem rabatów handlowych, że koszt zakupu systemu tacowego oraz wstępny koszt adaptacji pomieszczeń to kwota ok. 267 000,00 zł netto.

Odwołujący wskazał również, że przy wyliczeniach kosztów osobodnia należało uwzględnić koszt amortyzacji w/w sprzętu w rozbiciu na ilość osobodni szacowanych do kontraktu, zakładając, iż sprzęt zostanie w 100% zamortyzowany z tytułu przekazania go na własność zamawiającego po zakończeniu 3 letniego kontraktu.

Odwołujący oświadczył, że on sam uwzględnił kwotę 1,31 zł netto.

Odwołujący podał następnie, że zgodnie z pkt VI, ppkt. 1 załącznika nr 7 do SIWZ wykonawca miał zobowiązać się do przejęcia 20 osób personelu zatrudnionego przez zamawiającego w oparciu o treść art. 23¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U.2014.1502), zgodnie z wykazem stanowiskowym zawartym w załączniku nr 9 do SIWZ, które są związane ze świadczeniem usługi.

Zdaniem Odwołującego, uśredniony koszt wynagrodzeń i dodatkowych świadczeń osobowych takich jak: urlopy, nagrody jubileuszowe w stosunku do pracowników to kwota ok. 40 000,00 zł netto - (328 800 osobodni/36 miesięcy ~ 9134 osobodni) ~ 4,38 zł netto.

Odwołujący podał w dalszej kolejności, że zgodnie z załącznikiem nr 7, pkt VII Informacje uzupełniające wykonawca ponosi koszty: mediów (energii elektrycznej, energii cieplnej, zimnej i ciepłej wody, koszt wywozu nieczystości itp.), koszty związane z zapewnieniem środków myjąco-dezynfekujących niezbędnych do prowadzenia prawidłowych procesów mycia i dezynfekcji sprzętu, naczyń, maszyn, urządzeń i pomieszczeń oraz zapewnia niezbędną liczbę pojemników do transportu i przechowywania odpadów (z oddziałów szpitalnych kuchni i bufetu), a także ponosi koszty związane z dezynsekcją i deratyzacją przeprowadzaną w dzierżawionych pomieszczeniach oraz zagospodarowania odpadów powstałych w kuchni i bufecie, wreszcie koszty napraw i usuwania awarii oraz bieżących konserwacji sprzętu, maszyn i urządzeń będących na wyposażeniu kuchni i bufetu.

Uzupełnił, że z wykonawcą zostanie zawarta umowa dzierżawy pomieszczeń kuchni i bufetu wraz z wyposażeniem w urządzenia, maszyny i sprzęt wg załączników oraz, że kontrolę ze strony zamawiającego nad prawidłowością świadczonych usług sprawować będzie osoba przez niego upoważniona, a po zakończeniu okresu obowiązywania umowy sprzęt, urządzenia i wyposażenie zakupione przez wykonawcę przechodzą na własność zamawiającego.

Odwołujący oszacował, że dodatkowe uśrednione koszty obejmujące usługi dodatkowe, koszty mediów, koszty dzierżawy pomieszczeń, koszty materiałów higienicznych, koszty eksploatacji urządzeń, ponoszone podczas świadczenia usługi (załącznik „Ogólne dodatkowe informacje dotyczące funkcjonowania kuchni bufetu”) to kwota ok. 22 300,00 zł netto - (328 800 osobodni/36 miesięcy – 9134 osobodni) ~ 2,44 zł netto.

Podsumował, że cena uwzględniająca wszystkie powyższe wyliczenia to 14,59 zł brutto wobec czego skalkulowana przez Konsorcjum cena w wysokości 13,79 zł brutto świadczy o tym, że jest to cena „poniżej ceny wytworzenia”.

Odwołujący uznał, że zaoferowana przez Konsorcjum stawka w porównaniu do stawki odwołującego jest stawką, która jest poniżej realnych kosztów wytworzenia oraz nie zawiera marży – zysku dla wykonawcy, co może rodzić ryzyko niewywiązywania się wykonawcy z usługi w sposób należyty.

Zdaniem odwołującego założenia Konsorcjum dotyczące zysków z działalności stołówki pracowniczej w celu pokrycia straty z realizacji usługi na rzecz zamawiającego są błędne i nieprawidłowe. Nie przyjął informacji o wysokości obrotów generowanych przez stołówkę, podanej przez zamawiającego, ponieważ nie została potwierdzona przez obserwacje dokonane przez pracowników firmy IMPEL Cleaning Sp. z o.o. (będącej częścią Grupy IMPEL S.A.).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu prowadzonym w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Siemiatyczach, gdzie Konsorcjum ma podpisaną umowę na

świadczenie usługi żywienia pacjentów, Konsorcjum zaoferowało stawkę w przeliczeniu na uśrednione osobodni 17,10 zł brutto, a postępowanie dotyczyło usługi: żywienia pacjentów wraz z przejściem kuchni i jej remontem oraz przejściem pracowników na zasadach art. 23¹ Kodeksu pracy, z czasem trwania umowy wynoszącym 7 lat (od lipca 2012 do lipca 2019) oraz średniej ilości osobodni wynoszącym ok. 100, na podstawie czego odwołujący przyjął, że postępowanie to jest postępowaniem o podobnym do przedmiotowego charakterze, a przy tym z niższym nakładem inwestycyjnym i dłuższym okresem trwania umowy, co pozwala wykonawcy na rozłożenie amortyzacji poniesionej inwestycji w dłuższym okresie czasu, a co za tym idzie na niższe koszty miesięczne i wyższy zysk.

Odwołujący podał, że zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie „rażąco niskiej ceny”.

Wskazał, że przedstawione powyżej dane opierają się na wieloletnim doświadczeniu odwołującego oraz na informacjach załączonych do postępowania przez zamawiającego, ocenił, że wartości zaoferowane przez Konsorcjum są nierealistyczne i mają znamię niedoszacowanej wyceny usługi.

Konsorcjum – kontynuował odwołujący – drastycznie zaniżyło swoją cenę przedstawioną w ofercie, co ma przełożenie na fakt, iż nie jest w stanie pokryć minimalnych kosztów związanych z realizacją przedmiotu, o wygenerowaniu jakichkolwiek zysków nie wspominając, gdyż przy tym poziomie cen jest to nierealne.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ocenił, że zaoferowane przez Konsorcjum ceny za realizację zamówienia są rażąco niskie, co stanowi de facto sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia – wedle odwołującego – dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że oferowanie towarów lub usług poniżej ceny ich wytworzenia jest działaniem mającym na celu utrudnianie dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i tym samym wypełnia przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również stanowi przesłankę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego – przy piśmie z dnia 16 stycznia 2015 r. – w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 23 stycznia 2015 r., pisma procesowego przystępującego – pismo z dnia 23 stycznia 2015 r., złożone w oryginale na posiedzeniu, pisma procesowego przystępującego – pismo z dnia 23 stycznia 2015 r., złożone na rozprawie wraz z załącznikiem zawierającym informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego, a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie w szczególności następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (dalej „*Protokół*”).
2. Ogłoszenie o zamówieniu w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 237-417303).
3. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „*SIWZ*”).
4. Oferta przystępującego.
5. Oferta Kretingos maistas.
6. Oferta Odwołującego.
7. Zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 2 stycznia 2015 r.

Zarzuty: zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a nadto stanowiącej (jej złożenie) czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *Kompleksowa usługa żywienia pacjentów z zastosowaniem centralnego systemu dystrybucji, zmywania naczyń i sprzętu oraz usługa prowadzenia bufetu, świadczone na bazie pomieszczeń, wyposażenia i sprzętu dzierżawionych od Szpitala Wojewódzkiego im. dr. Ludwika Rydygiera w Suwałkach.* Zamówienie, co wynika z ww. nazwy postępowania, a także Części III SIWZ *Opis przedmiotu*

zamówienia pkt 2 ppkt 3, obejmuje „prowadzenie bufetu na potrzeby klientów, pracowników, pacjentów i innych osób na bazie dzierżawionych pomieszczeń, urządzeń i sprzętu bufetu szpitalnego. Szczegółowy opis zamawiający zawarł w załączniku nr 7 do SIWZ.

Zgodnie z pkt. 2 *Protokołu* zamawiający ustalił wartość zamówienia w dniu 4 grudnia 2014 r. na kwotę 3 927 333,33 zł (kwota netto). Kwota ta nie uwzględniała wartości zamówień uzupełniających (zamawiający nie przewidział w przedmiotowym postępowaniu ich udzielania).

W toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości (należytej staranności) ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało wysłane w dniu 4 grudnia 2014 r., w tym też dniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 237-417303), zaś termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18 grudnia 2014 r. (!).

Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 241 520 zł (brutto) [pkt 8 *Protokołu*].

W wyznaczonym terminie składania ofert oferty złożyło 3 wykonawców z cenami (pkt 9 *Protokołu* oraz oferty wykonawców) :

1. 3 916 008,00 zł,
2. 4 534 152,00 zł,
3. 4 941 864,00 zł,

przy czym ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca, którego oferty nie poddano ocenie pod względem jej zgodności z treścią SIWZ co do przedmiotu zamówienia (wykonawca nie zabezpieczył oferty wadium).

Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający poddał ocenie z zastosowaniem wskazanych w SIWZ kryteriów oceny ofert dwie oferty z cenami: 4 534 152,00 zł oraz 4 941 864,00 zł, tj. odpowiednio ofertę przystępującego i ofertę odwołującego.

Zamawiający za najkorzystniejszą uznał i dokonał wyboru oferty przystępującego z ceną 4 534 152,00 zł (pkt 13 ppkt 3 *Protokołu* oraz *Zawiadomienie o wynikach postępowania z dnia 2 stycznia 2015 r.*).

Jak wynika z porównania ww. kwot, cena oferty wybranej (4 534 152,00 zł) nie mieściła się w kwocie wskazanej przez zamawiającego jako kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. w kwocie 4 241 520,00 zł.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest w pierwszej kolejności jej porównanie do wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego z należytą starannością, powiększonej o wartość podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu jest to wartość równa niemal co do grosza kwocie, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (przy zastosowaniu jednej stawki podatku VAT w wysokości 8%).

Porównując cenę ofertową przystępującego (4 534 152,00 zł) do wartości szacunkowej zamówienia (jak wskazano powyżej wartość ta nie została zakwestionowana przez żadnego z wykonawców) powiększonej o wartość podatku VAT (4 241 520,00 zł) stwierdzić należy, że cena ta jest od tej wartości wyższa, nie może zatem zostać zakwalifikowana jako cena w stosunku do tej wartości niska, a tym bardziej rażąco niska.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podstawą (miernikiem) oceny, czy zaferowana przez danego wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej jest także jej porównanie do innych cen ofertowych złożonych w danym postępowaniu, a w dalszej kolejności także do adekwatnych do danego przedmiotu zamówienia cen rynkowych.

Porównując cenę ofertową przystępującego (4 534 152,00 zł) do wartości pozostałych dwóch ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że cena ta jest od jednej z nich wyższa, od drugiej zaś niższa – co nie było sporne – o ok. 9%, co pozwala przyjąć, że jest to cena mieszcząca się w kalkulacjach dokonanych przez wykonawców, którzy zapoznali się z konkretnymi wymogami tego zamawiającego (wymogami zamawiającego postawionymi przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu), przy czym skład orzekający Izby wskazuje, że za uwzględnieniem dla celów porównawczych najniższej ceny ofertowej (wykonawcy wykluczonego) przemawia to, że jest

to cena (wartość) najbardziej zbliżona do prawidłowo ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, a jednocześnie cena, co do której nie można stwierdzić, że została zaoferowana za przedmiot niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego (do oceny tej oferty pod względem jej zgodności z SIWZ co do przedmiotu zamówienia nie doszło). Uzasadnia to jednak przede wszystkim brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje dokonanie porównania danej ceny do cen wszystkich złożonych w danym postępowaniu ofert (średniej arytmetycznej), a nie jedynie do cen ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie składu orzekającego Izby „odstępstwo” ceny ofertowej przystępującego od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT o – co także było bezsporne – 7% w sytuacji, gdy inny wykonawca zaoferował cenę jeszcze niższą (ale najbardziej zbliżoną do szacunku zamawiającego + VAT) nie pozwala przyjąć, że cena ta winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Kwestię konieczności porównania ceny ofertowej przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT odwołujący całkowicie pominął, próbując uczynić własną cenę ofertową jedynym miernikiem oceny oferty cenowej przystępującego.

Za przyjęciem, że cena ofertowa przystępującego winna wzbudzić wątpliwości zamawiającego nie przemawia jednak także „odstępstwo” ceny ofertowej przystępującego od ceny ofertowej odwołującego o ok. 9 %, nawet przy sygnalizowanym przez odwołującego „jedynie” kilkuprocentowym, możliwym do osiągnięcia przy realizacji tego rodzaju przedmiotu zamówienia zysku – pomijając nawet gołosłowność twierdzenia odwołującego – ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby jest to „odstępstwo”, które przypisać należy pożądaney na rynku w szczególności zamówień publicznych konkurencji pomiędzy wykonawcami, a jednocześnie jest to odstępstwo na poziomie znacząco niższym, niż zakładana przez ustawodawcę, a wskazana w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp „różnica alarmowa” (30%).

Podnieść także należy, że odwołujący kwestionował realny charakter ceny ofertowej przystępującego, odwołując się do „aktualnych cen rynkowych” w ogólności, „informacji zebranych od lokalnych dostawców, uwzględniając rabaty handlowe”, „cen rynkowych nowego sprzętu z uwzględnieniem rabatów handlowych”, własnych opinii („zdaniem Odwołującego”), własnego doświadczenia („dane (...) opierają się na wieloletnim doświadczeniu Odwołującego”), czy też „obserwacji dokonanych przez pracowników firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. (podmiot inny niż odwołujący, należący do Grupy Impel S.A.), nie

precyzując jednak, jakie aktualne ceny, informacje od dostawców, czy rabaty ma na myśli. Trudno także obserwacje poczynione w szczególności nie wiadomo kiedy (w jakim okresie) przez pracowników innego podmiotu (choć należącego do tej samej, co odwołujący grupy) o niewiadomych kwalifikacjach traktować jako te, którym należy dać pierwszeństwo przez informacjami pochodzącymi od zamawiającego i wprost podanymi w SIWZ (osiągane zyski z bufetu).

Odwołujący, powołując się na podobieństwo przedmiotowego postępowania z postępowaniem prowadzonym przez SP ZOZ w Siemiatyczach i próbując w ten sposób wykazać ceny usług żywienia pacjentów podobieństwa tego nie wykazał. Sama bowiem zbieżność co do rodzaju usług (żywienie pacjentów) nie uzasadnia przyjęcia porównywalności cen w tych postępowaniach. Kluczowym bowiem pozostają uwarunkowania świadczenia usług u danego zamawiającego i wymogi danego zamawiającego.

Skład orzekający Izby wskazuje, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu co do tego, cena ofertowa przystępującego winna się wydać zamawiającemu w okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ceną o rażąco niskim charakterze oraz wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przez przystępującego przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami, a co odwołującemu się nie udało.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał tego, iż cena ofertowa przystępującego winna wydać się zamawiającemu rażąco niska oraz wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przez przystępującego przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez zamawiającego wymaganiami wobec czego skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do przypisania zamawiającemu obowiązku zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co rodziłoby po stronie przystępującego – po wezwaniu przez zamawiającego – obowiązek wykazania (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał także podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej cenę rażąco niską oraz, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ bez zastosowania – nieuzasadnionego w przedmiotowej sprawie – wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest w ogóle możliwe uznanie, że cena wykonawcy jest ceną rażąco niską (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Zarzut wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).

Odwołujący nie podnosił, iżby ocena oferty przystępującego została dokonana przez zamawiającego na podstawie innych kryteriów niż wskazane w treści SIWZ (Część XII) lub iżby zamawiający, stosując kryteria wskazane w SIWZ nadał im inną wagę lub popełnił błąd rachunkowy.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Przyjmując jednak, iż odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodny z przepisami ustawy Pzp wybór oferty najkorzystniejszej jako konsekwencja zaniechania odrzucenia oferty przystępującego skład orzekający Izby wskazuje, że również taki zarzut uznać należy za zarzut, który się nie potwierdził, ponieważ – o czym było mowa wyżej – zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę odwołującego.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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: