

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez **Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Kancelarię Sejmu**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. w Warszawie,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o. w Warszawie,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o. w Warszawie.

2. kosztami postępowania obciąża **Kancelarię Sejmu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Kancelarii Sejmu** na rzecz **Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1372/11**

## **Uzasadnienie**

Kancelaria Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8, 00 – 902 Warszawa zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zapewnienie usług restauracyjno - cateringowych podczas spotkań, które odbędą się w związku z parlamentarnym wymiarem przewodnictwa Polski w Radzie UE.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 79 – 130420.

W dniu 16 czerwca 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Belvedere – Cafe Łazienki Królewskie sp. z o.o., ul. Agrykoli 1, 00 – 460 Warszawa (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 27, 00 – 515 Warszawa.

Dnia 27 czerwca 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu dnia 27 czerwca 2011 r. zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego oraz odrzucenie jego oferty zarzucając zamawiającemu:

- naruszenie art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 4 ustawy poprzez ich niestosowanie w postępowaniu i ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz zasad oceny ofert w sposób ograniczający konkurencję;
- naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wskutek przyjęcia, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- naruszenie art. 2 ust. 5 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie.

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia postępowania przetargowego ponownie bądź uznanie, iż oferta odwołującego jest najbardziej korzystna i zasługuje na uwzględnienie przez zamawiającego;
- nakazanie zamawiającemu niepodpisywanie umowy z Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o., do czasu rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedłożonych na rozprawie.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż w dniu 10 czerwca 2011 r. zamawiający wystosował do niego prośbę o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez odwołującego cen z podaniem ich elementów składowych, co wykonawca uczynił. W dniu 16 czerwca 2011 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego i wybrał ofertę Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. Uzasadniając odrzucenie oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in., iż „w treści oferty Wykonawcy występują również niezgodności z treścią SIWZ w zakresie oferowanego menu (dokładnie opisanego w Rozdziale II SIWZ): Belvedere-Cafe Łazienki Królewskie Sp. z o.o. brakuje zaoferowania w jednym menu dla lunchu bufetowego 1 rodzaju warzyw (wymagane 2 rodzaje warzyw na ciepło)”. Odwołujący podniósł, iż zaoferował dwie propozycje menu dla lunchu bufetowego jako dania wymaganego w rozdziale II opis przedmiotu zamówienia. W jednej z dwóch propozycji (oznaczonej w ofercie jako Menu I) zostały przedstawione 2 rodzaje warzyw (marchewka i dynia duszone w pomarańczach oraz warzywa zapiekane z parmezanem). Natomiast w drugiej propozycji (oznaczonej w ofercie jako Menu II) odwołujący zaproponował jeden rodzaj warzyw (warzywa w sosie curry), z powodu pomyłki natury poligraficznej. Odwołujący wyjaśnił, iż drugi rodzaj warzyw na ciepło (włoska kapusta z koperkiem) został przy wklejaniu dokumentu z innego pliku wpisany omyłkowo w propozycji dań dodatkowych w kategorii Bufet Gorący. Odwołujący podkreślił, iż w obu propozycjach menu dla lunchu bufetowego przedstawił asortyment dań w liczbie aż 151 potraw (77 potraw wymaganych w siwz oraz 74 potraw dodatkowo punktowanych). Jest

to w ocenie odwołującego liczba znacznie przekraczająca potrzeby nawet najbardziej prestiżowych wydarzeń, zwłaszcza, iż jest to pora obiadowa.

Odnosząc się do zasadności odrzucenia oferty odwołującego ze względu na zaoferowanie cen za obsługę na poziomie, który jest rażąco niski, odwołujący wskazał, iż w wyjaśnieniach z dnia 10 czerwca 2011 r. przedstawił wymagane przez zamawiającego informacje uzasadniające zaoferowaną cenę. Dodał, iż marże wygenerowane przy stawkach brutto za 1 osobę za lunch bufetowy 150 zł, za lunch zasiadamy 160 zł, za kolację bufetową 180 zł, za kolację zasiadają 220 zł oraz za przerwy kawowe 40 zł pokrywają nie tylko koszty zakupu surowców, przygotowania potraw oraz koszty zakupu napojów alkoholowych i bezalkoholowych wymaganych w rozdziale II opisu przedmiotu zamówienia, ale i w dużym stopniu wystarczą na pokrycie wszystkich kosztów kompleksowej obsługi kolacji, lunchu i przerw kawowych nawet, gdyby były one elementem wynajmu, a nie własnymi zasobami. Podane powyżej stawki za menu i napoje po odjęciu kosztów surowca pozwalają odwołującemu na wygenerowanie dość solidnego zysku brutto jak na standardy polskiego rynku. Zamawiający w rozdziale II opisu przedmiotu zamówienia podał wymóg świadczenia usług siłami własnymi wykonawcy, w związku z tym odwołujący dysponując wyłącznie własnymi zasobami (sprzęt gastronomiczny, na stałe zatrudniony personel, flota transportowa, karty menu, dekoracje stołów) mając na uwadze wysokie, jak na standardy polskiego rynku cateringowego, stawki (jak powyżej) podane przez zamawiającego za menu i napoje, nie miał intencji dublowania tych kosztów, dlatego też w kolumnie nr 4 tabeli kosztorysowej podał wartość 1 grosza (wymóg przewidywał podanie wartości większej od zera). We wszystkich przypadkach oferta odwołującego nie przewiduje podania kosztów za obsługę, gdyż koszty te zawarte są w marżach generowanych na menu i napojach. Tak skonstruowane oferty (ceny podane wyłącznie za menu i napoje) kierowane są m.in. do Kancelarii Premiera, Kancelarii Prezydenta oraz do wszystkich podmiotów korporacyjnych. Podobnie jest z usługą restauracyjną. Jeśli zamawiający przychodzi do restauracji (a tak się dzieje w przypadku Kancelarii Sejmu) to płaci wyłącznie za zamówione menu i napoje, a nie płaci dodatkowo za kwiaty, obrusy, stoliki, obsługę, karty menu, gdyż jest rzeczą oczywistą, iż koszty kompleksowej obsługi restauracyjnej zawarte są w cenie menu i napojów. Jedynie oferty na imprezy cateringowe obsługiwane poza granicami Warszawy pow. 50 km i poza terenem Polski zawierają dodatkowe koszty transportu i obsługi, co jest związane z koniecznością ponoszenia dodatkowych, wykraczających poza zakres kosztów paliwa i obsługi kelnerskiej, gdyż w tym przypadku marże wygenerowane na menu i napojach nie wystarczą na wygenerowanie zysku na poziomie zapewniającym usługowcy uzyskanie rentowności danej usługi cateringowej. W tym przypadku zamawiający w siwz podał informację, iż zakłada, że wszystkie lunchy bufetowe oraz przerwy kawowe będą odbywały

się na terenie Sejmu i Senatu RP, a kolacje bufetowe i zasedanie planowane są poza gmachem Sejmu, ale planuje ich organizację na terenie Warszawy i najbliższych okolic. Zatem oferta odwołującego, bazując na standardowych, dotychczasowych zachowaniach, nie uwzględniała kosztów za transport i dodatkowa obsługa. Ze względu na to, iż Kancelaria Sejmu, podobnie jak Kancelaria Premiera i Kancelaria Prezydenta RP, dysponuje środkami publicznymi, odwołujący uznał - kierując się wspólnym interesem publicznym - iż przy tak wysokich stawkach za menu i napoje jak na standardy polskiego rynku nie ma potrzeby naliczania kosztów za zapewnienie kompleksowej obsługi kolacji, lunchy i przerw kawowych, gdyż byłoby to niezgodne ze stosowanymi przez odwołującego standardami wyceniania i przygotowania ofert na terenie Warszawy i najbliższych okolicach, a ponadto nie byłoby uzasadnione ze względu na fakt, iż odwołujący dysponuje własnymi zasobami sprzętowymi i ludzkimi i nie ponosi w związku z tym dodatkowych kosztów. Odwołujący wskazał, iż łączna cena za realizację usługi restauracyjno - cateringowej zaoferowana przez niego na poziomie 529 759,30 zł brutto jest wyższa o 4,58% od łącznej ceny zaoferowanej przez firmę Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. (555 208,00 zł brutto) - różnica zatem między ofertą odwołującego, a ofertą wybraną stanowi zaledwie 25 448,70 zł. Zdaniem odwołującego koszty za obsługę na zaoferowanym poziomie dają 100% gwarancję wysokiej jakości usług zgodnie z rangą spotkań odbywających się w związku z parlamentarnym wymiarem przewodnictwa Polski w Radzie UE.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 2 ust. 5 ustawy odwołujący stwierdził, iż zamawiający przepisu tego nie zastosował - oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą z punktu widzenia ceny, jakości, doświadczenia, prestiżu do rangi wydarzenia oraz lokalizacji.

Zamawiający zawiadomił Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o., o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania za pośrednictwem faksu w dniu 28 czerwca 2011 r.

Pismem z dnia 1 lipca 2011 r. do Prezesa Izby zostało przesłane za pośrednictwem faksu zgłoszenie przez Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W formie pisemnej zgłoszenie do Izby nie wpłynęło.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wskazując, iż odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, uznając, że cena 0,01 zł odpowiadająca kosztom obsługi za 1 osobę dla każdego z posiłków jest ceną rażąco niską

oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem odwołujący dokonał obliczenia ceny za obsługę w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w siwz oraz nie zaoferował w menu lunchu bufetowego drugiego rodzaju warzyw na ciepło.

Na rozprawie w dniu 8 lipca 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, za podstawę rozstrzygnięć Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie usług restauracyjno - cateringowych podczas spotkań, które odbędą się w związku z parlamentarnym wymiarem przewodnictwa Polski w Radzie UE.

Zamawiający w siwz wymagał, aby oferta została przez wykonawców „sporządzona zgodnie z Formularzem oferty zamieszczonym w Rozdziale III SIWZ” (rozdział I, pkt 1.1.1 siwz). Do oferty należało załączyć m.in. propozycje menu oddzielnie dla każdego posiłku opisanego w rozdziale II siwz, w tym w szczególności 2 menu na lunchy bufetowe (rozdział I, pkt 1.1.2 siwz).

Przez ceną oferty zamawiający rozumiał „łącną cenę za realizację usługi restauracyjno – cateringowej, której sposób obliczenia został szczegółowo opisany w pkt 3” rozdziału I (...)”. „Oferowaną cenę należy podać w pkt 1 Formularza oferty” (rozdział I, pkt 2.2.1 siwz).

W rozdziale I pkt. 3 „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający w pkt. 3.1 postanowił, iż w „Formularzu oferty w pkt 1 należy podać łączną cenę za realizację usługi restauracyjno – cateringowej będącej przedmiotem niniejszego postępowania, przy uwzględnieniu określonych przez Zamawiającego stawek (za 1 osobę), liczby uczestników, stawki za zapewnienie zadaszania (namiot), a także kosztów kompleksowej obsługi kolacji, lunchu i przerw kawowych, w czasie których Wykonawca powinien zapewnić w szczególności: 1) stoły z obrusami, sprzęt i artykuły niezbędne do wykonania usługi na najwyższym poziomie;

(...); 5) dekoracje stołów z jedzeniem, stolików koktajlowych i stołów dla gości, w tym dekoracje kwiatowe ze świeżych kwiatów; 6) odpowiednią liczbę osób z obsługi kelnerskiej w jednolitych strojach; (...); 9) transport związany z obsługą cateringową. Koszty obsługi należy obliczyć dla każdego posiłku w przeliczeniu na 1 osobę. W formularzu oferty należy również (poza kosztami za obsługę) podać koszt zapewnienia zadaszania tarasu (...). Cena powinna zawierać zapewnienie zadaszania wraz z transportem, montażem i demontażem. Zaoferowana łączna cena służy obliczeniu punktów w kryterium Cena”.

Dalej w pkt. 3.2 zamawiający określił stawki za poszczególne posiłki za 1 osobę tj. lunch bufetowy – 150 zł brutto, lunch zasiadany – 160 zł brutto, kolacja bufetowa – 180 zł brutto, kolacja zasiadana – 220 zł brutto, przerwa kawowa – 40 zł brutto. Łączną cenę należało obliczyć mnożąc planowaną liczbę uczestników w danego rodzaju spotkaniu przez stawkę za dany posiłek określoną w siwz i powiększoną o koszty obsługi przewidziane w ofercie wykonawcy oraz powiększoną o koszty zadaszania. Aby otrzymać łączną cenę należało zsumować tak ustalone koszty poszczególnych rodzajów planowanych spotkań. W pkt. 3.3 wskazano, m.in. iż „Koszty obsługi oraz koszty zadaszania muszą być większe od 0”.

Wzór formularza oferty wymagał podania łącznej ceny za realizację zamówienia „obliczonej w poz. 7 kolumny 6 tabeli”. „W pozycji 7 należy wpisać łączną kwotę za realizację całej usługi, która jest sumą wszystkich cen”. Dalej zamawiający postanowił, iż cena została skalkulowana wg tabeli. Tabela wskazywała na rodzaj posiłku (kolumna 2), stawkę brutto za osobę (stawki wskazane przez zamawiającego, kolumna 3), przewidywaną liczbę uczestników (kolumna 5). Kolumnę 4 zobowiązany był wypełnić wykonawca podając koszt brutto (zł) za obsługę 1 osoby dla każdego rodzaju posiłku oraz stawkę brutto za zapewnienie zadaszania w czasie 1 spotkania. W kolumnie 6 wykonawca miał wskazać cenę brutto (zł) za każdy rodzaj posiłku (kolumna 3 + kolumna 4) x kolumna 5. W osobnej pozycji w tabeli należało podać koszt zadaszania uwzględniając liczbę spotkań z zadaszaniem – 4.

Zamawiający ustalił, iż kryteriami oceny ofert są cena – 30%, ocena oferowanego menu – 40% (w tym punkty miały być przyznawane za co najmniej 2 dodatkowe potrawy w kategorii dania gorące – 1 pkt za każde 2 dodatkowe potrawy), jakość organizacji usługi – 30% (rozdział I, pkt 2.2.1 siwz).



Przedmiot zamówienia został opisany przez zamawiającego w rozdziale II siwz i obejmuje zapewnienie przez wykonawcę kompleksowej obsługi kolacji, lunchy i przerw kawowych w szczególności stołów z obrusami, sprzęt i artykuły niezbędne do wykonania usługi na najwyższym poziomie, stolików koktajlowych (lunch i kolacja bufetowa), stołów z obrusami, materiałowymi serwetkami i krzesłami z pokrowcami dla gości, zastawą w bardzo dobrym stanie, dekoracją stołów z jedzeniem, stołów dla gości i stolików koktajlowych, w tym dekoracje kwiatowe ze świeżych kwiatów, odpowiednią liczbę osób z obsługi kelnerskiej w jednolitych strojach, opisy w języku polskim, angielskim i francuskim wszystkich potraw na stołach, menu dla gości w tych językach podczas posiłków zasiadanych oraz transport związany z obsługą cateringową (k. 10 – 11 siwz). W odniesieniu do lunchu bufetowego (k. 13 -14 siwz) zostało ustalone, iż menu powinno obejmować m.in. dania gorące (dania z ryb i owoców morza – 2 rodzaje dań, dania polskie – 2 rodzaje dań, drób – 2 rodzaje dań, dania mięsne – 2 rodzaje dań, dania wegetariańskie – 2 rodzaje dań) oraz dodatki (ryż, ziemniaki, 2 rodzaje warzyw na ciepło, pieczywo, masło, oliwa z oliwek). Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia propozycji 2 menu. Menu ma stanowić załącznik do umowy, przy czym jednocześnie zamawiający zastrzegł prawo do wprowadzania – w uzgodnieniu z wykonawcą – zmian w proponowanym menu, co pozostanie bez wpływu na cenę menu.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wypełniony zgodnie z siwz formularz oferty oferując „łącną cenę” za realizację zamówienia brutto 529 759, 30 zł. W kolumnie 4 podał w odniesieniu do wszystkich posiłków koszt obsługi - 1 grosz, a koszt zapewnienia zadaszania wycenił na 6 150 za jedno spotkanie (k. 1 oferty). Odwołujący przedłożył także propozycje menu, w tym w odniesieniu do lunchu bufetowego – Menu II w pozycji Bufet Gorący wskazał wśród dodatków „warzywa w sosie curry”. W kolumnie zawierającej propozycje dań dodatkowych – Bufet Gorący zaoferował „włoską kapustę z koperkiem” (k. 4 oferty).

Zamawiający pismem 10 czerwca 2011 r. - nr pisma BIZ-GP22-3020-1/11(25) - powołując się na przepis art. 90 ust. 1 Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień „dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanych (...) cen (kosztów brutto za obsługę 1 osoby dla każdego rodzaju posiłków) z podaniem ich elementów składowych. Celem tych wyjaśnień jest ustalenie, czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie przypominamy, że w pkt. 3.1 Rozdziału I SIWZ, Zamawiający określił sposób w jaki Wykonawca powinien obliczyć cenę za obsługę oraz wyszczególnił elementy, które należy uwzględnić w cenie tej obsługi. W wyjaśnieniach należy wskazać, co spowodowało

skalkulowanie ceny za obsługę na zaoferowanym poziomie, jakie obiektywne czynniki cenotwórcze miały wpływ na wysokość ceny”.

W odpowiedzi odwołujący pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta „została przedstawiona w oparciu o faktycznie posiadane zasoby i możliwości ich wykorzystania do realizacji przedmiotu zamówienia”. W szczególności odwołujący wskazał, iż „bazuje na własnym sprzęcie wysokiej klasy w ilości przekraczającej zakres oczekiwany w SIWZ, co pozwala nam nie ponosić dodatkowych kosztów w związku z wypożyczaniem sprzętu gastronomicznego”. Argumentował, iż z uwagi na „obniżony” sezon nie będzie musiał posiłkować się „najmowaniem” dodatkowego personelu. Dodał, iż posiada własną flotę transportową składającą się ze specjalistycznych aut dostawczych, więc nie będzie musiał ponosić dodatkowych kosztów związanych z najmem samochodów. Co do dekoracji wskazał, iż dekoracje kwiatowe stanowią standard usług świadczonych przez odwołującego. Także pozostałe usługi, w tym poligraficzne, nie będą generowały dodatkowych kosztów, gdyż nie są zlecane podwykonawcy. Argumentował, iż jest w stanie zapewnić kompleksową realizację usług w oparciu o własne środki, co pozwoliło na skalkulowanie kosztów brutto za obsługę za 1 osobę dla każdego rodzaju posiłku na poziomie 1 grosza.

Poza odwołującym oferty złożyło jeszcze 3 wykonawców: Restauracja Senator Henryk Niedźwiadek oferując realizację przedmiotu zamówienia za 543 010 zł w tym koszty obsługi 1 zł za osobę, Hawełka na Wiejskiej sp. z o.o., oferując realizację przedmiotu zamówienia za cenę 536 6659,30 zł w tym koszty obsługi za cenę 0,01 zł oraz Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. oferując realizację zamówienia za 555 206 zł w tym koszty obsługi za lunch bufetowy oraz kolację bufetową po 5 zł za osobę, za lunch zasiadany i kolację zasiadaną po 10 zł za osobę oraz przerwę kawową – 1 zł.

Zamawiający wystąpił na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do Restauracji Senator Henryk Niedźwiadek oraz Hawełka na Wiejskiej sp. z o.o. o wyjaśnienie dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen (kosztów brutto za obsługę 1 osoby dla każdego rodzaju posiłków) z podaniem ich elementów składowych, w celu ustalenia, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Powołał się na rozdział I, pkt. 3.1 siwz wskazując, iż zamawiający określił w nim w jaki sposób wykonawca powinien obliczyć cenę za obsługę oraz wyszczególnił elementy, które należy uwzględnić w cenie obsługi (pisma z dnia 10 czerwca 2011 r. nr BIZ-GP22-3020-1/11(26) oraz BIZ-GP22-3020-1/11(24).

W odpowiedzi wykonawca Hawełka na Wiejskiej sp. z o.o. pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. poinformował, iż „wszelkie koszty związane z obsługą gastronomiczną (porcelana, stoły, dekoracje i koszty osobowe) mieszczą się w cenie, którą Państwo przeznaczyci na organizację przyjęć”. Wyjaśnił, iż większość personelu jest zatrudniona na umowę o pracę, co nie generuje dodatkowych kosztów osobowych związanych z przetargiem. Ponadto w związku z tym, iż większość przyjęć ma być organizowanych na terenie Kancelarii Sejmu wykonawca nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z transportem. Wykonawca nie musi także ponosić dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu, gdyż jest właścicielem wyposażenia cateringowego „całkowicie wystarczającego na obsługę” przedmiotowego zlecenia.

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. także Restauracja Senator Henryk Niedźwiadek przedstawiła wyjaśnienia podnosząc, iż w pkt. 3.1 siwz zamawiający wymagał podania „łącznej kwoty za kompleksową obsługę”, jak również wyspecyfikował, że cena łączna musi zawierać wszystkie koszty, na które składają się koszty jedzenia, obsługi, transportu, zastawy, dekoracji itp. Wskazał, iż „przedmiotem przetargu jest kompleksowa usługa, a nie jej poszczególne składowe i rozpatrywana cena jest ceną łączną. W Formularzu ofertowym w pkt 1, cena za menu była ustalona przez Zamawiającego na ‘szywno’ i możliwe było dodanie tylko dodatkowej kwoty za obsługę a suma tych dwóch składników stanowi cenę łączną za kompleksową obsługę”. Dodał, iż zamawiający wymagał, aby kwota za obsługę była większa od 0. Podkreślił, iż podana w ofercie cena za obsługę – 1zł jest symboliczna, gdyż zaproponowane przez zamawiającego wyjściowe stawki w pełni odzwierciedlają rynkowe ceny kompleksowych usług cateringowych o najlepszych standardach i w pełni pokrywają koszty kompleksowego wykonania usług zgodnie z siwz przy zastosowaniu najwyższej staranności i jakości usług.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2011 r. zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 oraz 4 Pzp ze względu na niezgodność treści oferty z treścią siwz oraz zaoferowanie cen za obsługę na poziomie, który jest rażąco niski. Zamawiający wskazał, iż w rozdziale I siwz, pkt. 3 w opisie sposobu obliczenia ceny postanowił, iż wykonawca powinien obliczyć cenę łączną na podstawie przyjętych stawek za poszczególne posiłki (na 1 osobę) oraz kosztów za obsługę, niezbędnych do realizacji zamówienia. „Jednak biorąc pod uwagę podanie przez Zamawiającego stawek jako niezmiennych, to koszty za obsługę oraz zapewnienie zadania tarasu przesądzały o wysokości przyznania punktów w kryterium ‘cena’ i koszty te podlegały analizie i badaniu w zakresie ich rzetelności. (...) Należy zauważyć,

że Zamawiający także w Rozdziale II SIWZ wymienił 9 składników (...), które Wykonawcy powinni uwzględnić przy obliczaniu kosztów za obsługę”. Dalej poinformował także, iż odwołujący w jednym menu dla lunchu bufetowego zaoferował tylko 1 rodzaj warzyw, podczas gdy wymagane były dwa rodzaje warzyw na ciepło. Także oferta Hawelka na Wiejskiej sp. z o.o. oraz Restauracji Senator Henryk Niedźwiadek zostały odrzucone m.in. dlatego, że „nie pokrywają one kosztów obsługi, których sposób obliczenia jednoznacznie był opisany w SIWZ”.

Z oceną zamawiającego nie zgodził się odwołujący wnosząc do Prezesa Izby odwołanie.

**Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiotu uczestnika postępowania nie uzyskał wykonawca Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o., bowiem nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. przekazał przystąpienie do postępowania odwoławczego Prezesowi Izby w dniu 1 lipca 2011 r. za pośrednictwem faksu, tym samym uchybił przepisowi art. 185 ust. 2 Pzp, zgodne z którym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego należy w terminie 3 dni doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej. Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając brzmienie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), który jednoznacznie wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może skutecznie być przekazane do Izby za pośrednictwem faksu, Izba stwierdziła, że Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. nie uzyskał przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego.

Przechodząc do zarzutów odwołania należy stwierdzić, iż w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, odwołanie należało uwzględnić, gdyż podniesione w nim zarzuty potwierdziły się.

Przedmiotem sporu jest, czy zamawiający zobowiązany był w świetle stanu faktycznego analizowanej sprawy, do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 (odwołujący błędnie powołał ust. 4) ustawy ze względu na niezgodność treści oferty z treścią siwz oraz zaoferowanie cen za obsługę na poziomie, który jest rażąco niski.

1.

Analiza stanu faktycznego i prawnego dokonana przez Izbę prowadzi do wniosku, iż zamawiający nieprawidłowo ustalił, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę. Niezasadnie także zamawiający przyjął, iż odwołujący dokonał obliczenia ceny za obsługę w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w siwz. Przyczynę popełnionych przez zamawiającego błędów stanowi ocena oferty odwołującego wbrew brzmieniu obowiązujących zarówno zamawiającego, jak i wykonawców postanowień siwz dotyczących sposób obliczenia ceny (rozdział I, pkt. 3.1).

Stwierdzić zatem należy, iż kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami, poza treścią oferty złożonej przez odwołującego, przyznać należy treści siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych.

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań podkreślone przez Izbę znaczenie siwz dla należytego zbadania i oceny przez zamawiającego złożonych ofert trzeba odnieść się do treści tego dokumentu sporządzonego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie adekwatnym do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Wskazać zatem trzeba, iż analiza postanowień siwz, w tym rozdziału I, pkt. 3.1 siwz („Opis sposobu obliczenia ceny”) prowadzi to wniosku, iż zamawiający opisał szczegółowo,

co wykonawca powinien uwzględnić kalkulując cenę ofertową nazywaną przez zamawiającego „ceną łączną”. Wbrew twierdzeniom zamawiającego z powołanego postanowienia siwz nie wynika, iż w kosztach obsługi stanowiących wyodrębniony element ceny miały być ujęte koszty transportu, dekoracji kwiatowych, obsługi kelnerskiej itp. Brzmienie siwz (rozdział I, pkt 3.1 siwz) wskazuje, iż „cena łączna” ma uwzględniać założone w siwz przez zamawiającego stawki za poszczególne rodzaje posiłków, liczbę uczestników, a także koszty kompleksowej obsługi kolacji, lunchu i przerw kawowych „w czasie których Wykonawca powinien zapewnić w szczególności” stoły z obrusami, sprzęt i artykuły niezbędne do wykonania usługi na najwyższym poziomie, transport, obsługę kelnerską, dekoracje kwiatowe itp. Zatem z powołanego postanowienia siwz nie wynika, jak dowodził zamawiający, iż na koszty obsługi składają się wymienione w tym punkcie siwz elementy i ich wartość powinna być wyodrębniona w formularzu oferty w pozycji dotyczącej kosztów obsługi (kolumna 4 tabeli w formularzu oferty). Analizowane postanowienie siwz odwołuje się do „ceny łącznej” i opisuje, co w tej cenie należy ująć poprzez odniesienie się także do zakresu przedmiotowego – z siwz (rozdział I, pkt 3.1 siwz) wynika, iż wykonawca w ramach ceny łącznej powinien zapewnić m.in. stoły, transport, dekoracje kwiatowe itp. Przez ceną oferty zamawiający rozumiał „łączną cenę za realizację usługi restauracyjno – cateringowej, której sposób obliczenia został szczegółowo opisany w rozdziale I, pkt 3.1 siwz. Tak ustalona cena podlegała ocenie w kryterium ceny (rozdział I, pkt. 2.2.1 siwz). Także wzór formularza oferty zawarty w siwz koresponduje z powołanymi postanowieniami wskazując na konieczność podania łącznej ceny obejmującej, jak wynika z tabeli, zarówno stawki za poszczególne rodzaje przyjęć, jak i koszty obsługi za 1 osobę z uwzględnieniem przewidywanej liczby uczestników oraz koszty zadaszania. Innymi słowy mimo, iż cena za menu była ustalona przez zamawiającego poprzez przyjęcie sztywnych stawek za dany rodzaj posiłku na osobę zamawiający zobowiązał wykonawców do doliczenia do tych stawek kosztów obsługi o wartości powyżej 0 zł, bez względu na to, czy zaproponowane przez zamawiającego stawki za posiłek pokrywają koszt realizacji zamówienia, czy nie. Odwołujący, jak również Restauracja Senator Henryk Niedźwiadek i Hawełka na Wiejskiej sp. z o.o. uznawszy, iż stawki przyjęte przez zamawiającego pokrywają zasadniczo koszty realizacji zamówienia przede wszystkim w celu wypełnienia obowiązku wynikającego w siwz i nie dublowania kosztów dodawali symboliczną kwotę za koszty obsługi. Z wyjaśnień odwołującego z dnia 13 czerwca 2011 r. wynika, jakie obiektywne czynniki przyczyniły się do zaoferowania w pozycji koszty obsługi kwoty 0,01 zł. Zamawiający wymagał, aby wartość tej pozycji była wyższa od 0 - bezsporne jest, iż odwołujący podając wartość kosztów obsługi na poziomie 1 grosza ten wymóg spełnił.

W konsekwencji nie znajdują uzasadnienia w treści siwz twierdzenia zamawiającego sformułowane w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r., iż „biorąc pod uwagę podanie przez Zamawiającego stawek jako niezmiennych, to koszty za obsługę oraz zapewnienie zadania tarasu przesądzały o wysokości przyznania punktów w kryterium ‘cena’ i koszty te podlegały analizie i badaniu w zakresie ich rzetelności. (...) Należy zauważyć, że Zamawiający także w Rozdziale II SIWZ wymienił 9 składników (...), które Wykonawcy powinni uwzględnić przy obliczaniu kosztów za obsługę”. Stanowisko to zamawiający potwierdził na rozprawie wyjaśniając, iż skoro tylko w zakresie kosztów obsługi i zadania wykonawcy mieli swobodę w oferowaniu cen, to tylko ten element, jako różnicujący, może być porównywany i oceniany.

Izba wyraża pogląd, że jeśli zamawiający chciał oceniać w kryterium ceny tylko koszty obsługi oraz zadania powinien dać temu wyraz w treści siwz precyzując, co rozumie przez koszty obsługi oraz odpowiednio kształtując kryteria oceny ofert. Jeśli deklarowane przez zamawiającego intencje nie znalazły odzwierciedlenia w siwz nie mogą stanowić podstawy weryfikacji ofert wykonawców. Takie działanie wprost uchybia normie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązującej zamawiającego do równego traktowania wykonawców, co w wymiarze praktycznym przekłada się na ocenianie wykonawców wg innych niż określone w siwz kryteriów oceny ofert. Na gruncie badanej sprawy należy wskazać, iż – jak wynika z wyjaśnień składanych przez wykonawców – wszyscy oferenci rozumieli siwz zgodnie z jej literalnym brzmieniem, wbrew jej znaczeniu nadanemu przez zamawiającemu w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r. informującym o wyniku postępowania, a wcześniej wyrażonemu w pismach wzywających do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie jest wiadomym, jak rozumiał siwz w tym zakresie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż do niego zamawiający o wyjaśnienie zaoferowanych kosztów obsługi nie wystąpił, mimo iż np. w zakresie ceny za obsługę przerw kawowych zaoferował cenę 1 zł tj. taką samą jak Restauracja Senator Henryk Niedźwiadek. Niemniej jednak analiza treści siwz wprost wskazuje, iż cenę ofertową w rozumieniu siwz stanowi łączna cena zaoferowana przez odwołującego na poziomie 529 759,30 zł.

Odwołujący zawarł wszystkie koszty w cenie oferty 529 759,30 zł. Niezasadnie zamawiający, powołując się na treść odwołania, ze stwierdzenia, iż oferta odwołującego „bazując na standardowych, dotychczasowych zachowaniach nie uwzględniała kosztów za transport i dodatkową obsługę” wywodził, iż odwołujący nie ujął w cenie oferty (cena łączna) kosztów transportu i innych kosztów obsługi. Co innego wynika bowiem zarówno z treści odwołania, jak i wyjaśnień z dnia 13 czerwca 2011 r., w których zamawiający szczegółowo zaprezentował, jakie czynniki pozwoliły mu zaoferować koszty obsługi na poziomie 1 grosza.

Stwierdził m.in., iż transport związany z obsługą cateringową będzie zapewniony przez własną flotę transportową odwołującego. W odwołaniu zamawiający podniósł, iż koszty za obsługę zawarte są w marżach generowanych na napojach i menu. Z treści odwołania, jak i wyjaśnień z dnia 13 czerwca 2011 r. oraz stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie wynika, iż ujął w cenie łącznej wszystkie koszty kompleksowej usługi cateringowej. Znaczenie wskazanego przez zamawiającego zdania o nie uwzględnieniu przez odwołującego kosztów obsługi należy odczytywać uwzględniając całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego, z którego wynika, iż odwołujący nie powiełał w pozycji przewidującej koszty obsługi tych kosztów, które już zostały uwzględnione w stawce za posiłek za 1 osobę wystarczająco wysokiej, aby koszty te pokryć.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż zamawiający błędnie analizował pod kątem rażąco niskiej ceny nie cenę łączną za realizację przedmiotu zamówienia, lecz jednej z jej elementów (koszty obsługi). Izba nie podziela oceny zamawiającego, iż odwołujący zaoferował cenę rażąco niską oraz nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich wymaganych w siwz kosztów.

Konsekwencją ustalenia, iż cenę ofertową stanowi cena łączna (zdefiniowana w siwz i oceniana w kryterium – cena) wynosząca w przypadku odwołującego brutto 529 759, 30 zł stwierdzić trzeba, iż do niej należało odnieść się oceniając, czy cena za realizację zamówienia (zapewnienie usług restauracyjno - cateringowych podczas spotkań, które odbędą się w związku z parlamentarnym wymiarem przewodnictwa Polski w Radzie UE) nie jest rażąco niska.

Ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy postanowił, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuca ofertę (art. 90 ust. 3 Pzp). Podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Trudności interpretacyjne powołanych przepisów pojawiają się już na wstępie, bowiem brak jest legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Odwołać się w tej kwestii należy do dorobku



doktryny oraz orzecznictwa, zarówno Izby (wcześniej Zespołów Arbitrów) oraz sądów powszechnych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Można także przywołać wyrok Izby z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 168/09, sygn. akt: KIO/UZP 189/09), zgodnie z którym „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07) stwierdzający, że „rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”. Zatem Izba przyjmuje, iż ceną rażąco niską jest cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Zamawiający analizując tę kwestię powinien wziąć pod uwagę wartość zamówienia ustaloną z należytą starannością oraz będące odzwierciedleniem cen rynkowych za dany przedmiot zamówienia ceny zaoferowane przez konkurencję.

Jeżeli w toku oceny ofert zamawiający ustali, iż dana oferta zawiera cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jednocześnie – co trzeba podkreślić – brak jest uniwersalnego, arytmetycznego kryterium, mogącego stanowić wskazówkę, iż oferta może zawierać rażąco niską cenę, jeżeli kształtuje się poniżej pewnego poziomu (np. jest tańsza o więcej niż 40% czy 50 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo niższa o tyleż samo od wartości szacunkowej zamówienia). W ocenie Izby z pewnością ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w porównywalnych warunkach gospodarczych. Na kalkulacje ceny oferty mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze

charakterystyczne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych.

Uwzględniając powyższe weryfikacja, czy na gruncie konkretnej sprawy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, wymaga analizy całokształtu okoliczności danego przypadku, zważywszy w szczególności doniosłe konsekwencje stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc zachować należytą staranność w celu ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, natomiast wykonawca powinien składając wyjaśnienia w trybie art. 90 przedstawić uwarunkowania, które umożliwiły mu zaoferowanie określonej ceny za realizacją danego przedmiotu zamówienia.

Wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Istotnym dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego przez Izbę odwoławczą jest, iż pod kątem rażącego zaniżenia można oceniać jedynie cenę oferty. Nawet jeżeli poszczególne ceny jednostkowe wydają się być za niskie, ale cena ostateczna nie odbiega znacząco od rynkowych, nie można postawić wykonawcy zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XIX Ga 128/08). Podobne wnioski płyną z postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 2194/05). Sąd słusznie w nim argumentował, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. (...) Rację miał ZA stwierdzając, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty tj. w zakresie kosztów obsługi. Oceniając zatem tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. Tak też w wyroku Izby z dnia 12 stycznia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1594/09), w którym Izba podkreśliła, iż „(..)podtrzymuje za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (Wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). (...) W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco

niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09.” Nie można wykluczyć, iż na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w szczególności gdy realizacja zamówienia oparta będzie wyłącznie na cenach jednostkowych zasadnym będzie zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska, jednak uzasadnienia takiego brak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

Przechodząc do przebiegu procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, należy wskazać na błędy popełnione przez zamawiającego, które w konsekwencji doprowadziły do chybionej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.

Treść wystosowanego przez zamawiającego pisma z dnia 10 czerwca 2011 r. wskazuje, iż przedmiotem jego zainteresowania była wyłącznie wartość kosztów obsługi. Tak sformułowany wniosek o wyjaśnienie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uważa na gruncie niniejszej sprawy za niepoprawny, gdyż dotyczył nie ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, lecz wyłącznie jej elementu – kosztów obsługi. Nie mniej jednak z treści wyjaśnień odwołującego z dnia 13 czerwca 2011 r. zostały powołane okoliczności, które stanowią uzasadnienie dla zaoferowanej ceny przesądzając, iż nie jest ona rażąco niska. Trzeba w tym miejscu wskazać, iż na rozprawie zamawiający nie potwierdził, aby zaoferowana przez odwołującego cena za realizację zamówienia w wysokości 529 759,30 zł była rażąco niska uniemożliwiając realizację zamówienia zgodnie z siwz. Oświadczył jednocześnie, iż nie ma zastrzeżeń do jakości oferty odwołującego. Błędy popełnione przez zamawiającego doprowadziły do uznania, iż ofertą z ceną rażąco niską jest oferta przewidująca zysk za realizację przedmiotu zamówienia w wysokości – jak oświadczył odwołujący na rozprawie – na poziomie 289 000 zł. Zamawiający nie przedstawił argumentów wskazujących, iż za cenę zaoferowaną przez odwołującego nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Zasadnym jest także podkreślenie, iż cena zaoferowana przez odwołującego nie odbiega znacząco od cen konkurencji tj. Restauracja Senator Henryk Niedźwiadek - 543 010 zł, Hawełka na Wiejskiej sp. z o.o. - 536 6659,30 zł, Mazurkas Travel Biuro Podróży sp. z o.o. - 555 206 zł, co także przemawia za przyjęciem, iż zaoferowana przez odwołującego jest realna i umożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zamawiający w celu udowodnienia, iż przyjęte przez niego w siwz stawki za poszczególne rodzaje posiłków nie są wygórowane oraz, iż nie jestem standardowym działaniem odwołującego uwzględnianie w cenie menu kosztów dekoracji kwiatowych przedłożył umowę z dnia 2 czerwca 2009 r. (nr BSM – 214 – ZP/4/2009) zawartą pomiędzy zamawiającym i odwołującym, a dotyczącą wykonania usługi restauracyjnej (aperitif dla 180 osób, kolacja dla 204 osób, bufet dla 20 osób), w której nie została ceną umowy objęta dekoracja kwiatowa (str. 5 umowy), natomiast cena menu kolacji została ustalona na 185 zł za osobę, aperitif – 25 zł za osobę, wina, napoje oraz toast wyceniono odrębnie (załącznik nr 2 do umowy, str. 5 umowy), zlecenie z dnia 30 maja 2011 r. dotyczące organizacji przez odwołującego na rzecz zamawiającego usługi cateringowej dla 30 osób, w którym wyodrębniono koszt dekoracji kwiatowych oraz ofertę sporządzoną przez odwołującego w dniu 14 czerwca 2011 r. dla zamawiającego dotyczącą organizacji lunchu dla 100 osób – cena za menu w zależności od wariantu 260 lub 265 zł za osobę bez win, aperitif – 24 lub 30 zł za osobę (usługa restauracyjna). Zdaniem Izby przedstawione dokumenty nie są miarodajne dla oceny adekwatności do przedmiotu zamówienia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przez odwołującego ani jej zakresu przedmiotowego. Jak słusznie zwrócił uwagę na rozprawie odwołujący każde z tych zamówień ma inny zakres przedmiotowy, inną liczbę uczestników niż przyjęcia objęte przedmiotem zamówienia (umowa z dnia 2 czerwca 2009 r. obejmuje świadczenie usług na rzecz do 204 osób, a liczba uczestników przewidziana w opisie przedmiotu zamówienia w siwz to ok. 6000 osób), co wpływa na sposób kalkulacji kosztów. Izba zgadza się z odwołującym, iż każda oferta jest przygotowywana dla konkretnego klienta, stosownie do jego potrzeb i jest kalkulowana indywidualnie. Powołane dokumenty nie dowodzą także, że przyjęte przez zamawiającego stawki za poszczególne posiłki są skalkulowane na poziomie, który uniemożliwił pokrycie kosztów obsługi. Zaznaczyć również należy iż, zamawiający (jak przyznał na rozprawie) ustalając stawkę za posiłek oparł się na cenach usług restauracyjnych. Wiadomym jest, iż ceny potraw w restauracji zawierają wszystkie koszty, w tym surowców, przygotowania posiłku, jak i koszty obsługi w tym koszty obsługi kelnerskiej czy dekoracji kwiatowych.

Zważywszy powyższe Izba stwierdziła, iż cena łączna zaoferowana przez odwołującego nie jest rażąco niska i obejmuje cały przedmiot zamówienia opisany w siwz, w tym wszystkie wymagane koszty, zatem zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

2.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż odwołujący w jednym menu dla lunchu bufetowego zaoferował tylko 1 rodzaj warzyw na ciepło, podczas gdy wymagane były dwa rodzaje.

Bezspornym jest, iż zamawiający w rozdziale II siwz w odniesieniu do lunchu bufetowego (k. 13 -14 siwz) postanowił, iż menu powinno obejmować m.in. dania gorące oraz dodatki (ryż, ziemniaki, 2 rodzaje warzyw na ciepło, pieczywo, masło, oliwa z oliwek). Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia propozycji 2 menu. Menu miało stanowić załącznik do umowy, przy czym jednocześnie zamawiający zastrzegł prawo do wprowadzania – w uzgodnieniu z wykonawcą – zmian w proponowanym menu, co pozostanie bez wpływu na cenę menu. Nie jest także sporne, iż wykonawcy mogli zaproponować dodatkowe potrawy w kategorii „dania gorące” – za każde 2 dodatkowe potrawy otrzymają 1 punkt (pkt 2.2.1 siwz, rozdział I) .

Odwołujący przedłożył propozycje menu, w tym w odniesieniu do lunchu bufetowego – Menu II w pozycji Bufet Gorący wskazał wśród dodatków tylko jeden rodzaj warzyw na ciepło tj. „warzywa w sosie curry”. W kolumnie zawierającej propozycje dań dodatkowych – Bufet Gorący zaoferował „włoską kapustę z koperkiem” (k. 4 oferty). Z przedstawionych okoliczności wynika, iż odwołujący zaoferował zgodnie z wymaganiami zamawiającego dwa rodzaje warzyw na ciepło, jednak błędnie „kapustę z koperkiem” zakwalifikował do „dań dodatkowych”, zamiast ująć je w pozycji Bufet Gorący w części obligatoryjnego menu. Odwołujący wyjaśnił, iż wskazana niezgodność jest następstwem błędu o charakterze poligraficznym.

Izba stoi na stanowisku, iż błąd odwołującego stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z siwz, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Trzeba zaznaczyć, iż analiza oferty odwołującego w omawianym zakresie pozwoliłaby zamawiającemu na ustalenie, iż „kapusta z koperkiem” nie stanowi dania (w przeciwieństwie do pozostałych potraw wymienionych w tej pozycji jak polędwiczki wieprzowe z jabłkami i sosem z żubrówki, lasagna z szynką, pierożki samosa z warzywami, makaron penne z sosem carbonara), lecz dodatek warzywny (zamawiający w rozdziale II siwz opisującym przedmiot zamówienia rozróżnia te dwa pojęcia), zatem błędnie została ujęta w pozycji „propozycji dań dodatkowych” - prawidłowo powinna być zakwalifikowana jako brakujący dodatek warzywny w pozycji Bufet Gorący zawierający obligatoryjną część menu. Dodać należy, iż procedura poprawy omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wymaga zgody

wykonawcy, zatem w tym zakresie ocena zamawiającego podlegałaby kontroli wykonawcy. Przyjąć jednak trzeba, iż w okolicznościach sporu wola odwołującego w tym zakresie została wyrażona w odwołaniu, zatem zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert nie jest zobowiązany o taką zgodę występować.

Poprawa przedmiotowej omyłki doprowadzi do zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz nie ingerując w treść oferty w sposób istotny – nie jest sporne, iż odwołujący zaoferował drugie warzywo na gorąco - kapustę z koperkiem. Omyłka polegała wyłącznie na ujęciu wymaganego w siwz dodatku warzywnego w pozycji dotyczącej dań dodatkowych. W tym miejscu Izba za zasadne uważa powołanie stanowiska Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażonego w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizacją zamówienia zgodnie z siwz.

Izba ustosunkowując się do zarzutu uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 2 ust. 5 (prawidłowa redakcja – pkt 5) Pzp nie stwierdziła, aby zarzut ten znalazł potwierdzenie. Oferta odwołującego została odrzucona, zatem nie podlegała ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do wniosków sformułowanych przez odwołującego w odwołaniu Izba podkreśla, iż nie jest uprawniona ani do zakazania, ani nakazania zamawiającemu zawarcia umowy. Zgodnie z art. 183 ust. 1 Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku, chyba że Izba uchyli powołany zakaz, co w niniejsze sprawie nie miało miejsca. Natomiast, jak wynika z art. 192 ust. 6 Pzp Izba, nie jest także uprawniona do nakazania zawarcia umowy.

Zamawiający na podstawie zapadłego w sprawie wyroku zobowiązany jest unieważnić dokonany wybór oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego, a następnie zbadać i ocenić oferty, w tym ofertę odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....