

WYROK
z dnia 18 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Aspen Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5**, w postępowaniu prowadzonym przez **Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika, 80-803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 1-6**,

przy udziale wykonawcy **Restauracja „CRISTAL” R. A. Kokoszka s.c., 80-244 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 105**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Aspen Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5**:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aspen Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Aspen Res Sp. z o. o., 31-222 Kraków, ul. Bularnia 5** na rzecz zamawiającego **Pomorskiego Centrum Traumatologii im. M. Kopernika, 80-803 Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 1-6** kwotę 2.280 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa żywienia.

Pismem z dnia 23 listopada 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Restauracja „CRISTAL” R.A. Kokoszka s.c. z siedzibą w Gdańsku [dalej także, jako „Cristal s.c.”]. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu z przedmiotowego postępowania oferty wykonawcy Aspen Res Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie z uwagi na to, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”].

Wobec powyższych czynności w dniu 3 grudnia 2012 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Aspen Res Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie błędnej i nieobiektywnej oceny wyjaśnień odwołującego w kwestii rażąco niskiej ceny, brak oceny obiektywnych czynników, oszczędności wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych oraz wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych odwołującemu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego pomimo złożenia wyczerpujących i merytorycznych wyjaśnień w kwestii podejrzenia o zastosowanie rażąco niskiej ceny,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego

Odwołujący wnosił o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
- 2) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cristal s.c.,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący podnosił, iż zamawiający wprawdzie podał podstawę prawną odrzucenia jego oferty jednak zaniechał dokonania szczegółowego uzasadnienia faktycznego. Powyższe w ocenie odwołującego wskazuje na niewykonanie analizy złożonych przez niego wyjaśnień, mimo, iż ujawniono wszystkie dane nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący stwierdził, iż cena jego oferty nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Biorąc pod uwagę skalę działalności w zakresie usług żywienia zbiorowego w służbie zdrowia, odwołujący stwierdził, że ponoszone przez niego koszty są znacząco niższe niż koszty drugiego wykonawcy. W ocenie odwołującego, zaproponowana przez niego cena nie była nierealna, dawała wykonawcy gwarancję zysku oraz należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż w wezwaniu do złożenia wyjaśnień zamawiający nie podał wymaganego stopnia szczegółowości, jakie składniki ceny budzą jego wątpliwości i wymagają wyjaśnienia a ograniczył się jedynie do żądania wskazania elementów ceny, co też odwołujący wykonał składając wyjaśnienia. Odwołujący podnosił również, iż przedmiotem analizy z punktu widzenia rażąco niskiej ceny jest całość oferowanej kwoty, a nie jej poszczególne składniki. W ocenie odwołującego, zamawiający nie może żądać od wykonawcy przedstawienia szczegółowego opisu oferowanej ceny ze wskazaniem wszelkich pozycji gdyż podanie danych w większym stopniu szczegółowości niż dokonał tego wykonawca naruszałoby chronioną prawem tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazując na treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał bardzo powierzchownej i ogólnikowej oceny złożonych wyjaśnień. Dodatkowo odwołujący przytoczył dla porównania ceny ofert na usługę żywienia w szpitalach, z których wynika, że na rynku występuje duża rozpiętość cenowa, która najczęściej nie uzasadnia postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Pomorskie Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa żywienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 października 2012 r., pod numerem 2012/S 209-344427.

Zgodnie z § 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi w zakresie żywienia na bazie kuchni wykonawcy wraz z dostawą przygotowanych posiłków do Pomorskiego Centrum Traumatologii im. M. Kopernika w Gdańsku. Szacunkową średnią dzienną ilość wyrobów w czasie realizacji usługi określono na: śniadania 400, obiad 400, kolacja 400. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ zamawiający określił wymagania dotyczące diet. W pkt IX załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający określił wartości kaloryczne

stosowanych diet na poziomie 2300-2400 kcal. Zgodnie informacją zawartą w protokole postępowania (pkt 2) zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 8.348.133,92 zł.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Restauracja „CRISTAL” R. A. Kokoszka s.c. z siedzibą w Gdańsku na kwotę 9.505.149,12 zł brutto,
- 2) Aspen-Res Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie na kwotę 8.015.630,40 zł brutto.

Zgodnie z pkt 8.1. protokołu postępowania przed otwarciem ofert zamawiający podał, iż na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 9.015.984,63 zł brutto.

Pismem z dnia 15 listopada 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Aspen Res Sp. z o. o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty odnośnie elementów mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Zamawiający wskazał, iż cena zaproponowana przez wykonawcę Aspen Res Sp. z o. o., odbiega od wartości szacunkowej zamówienia jak też od ceny oferty drugiego wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 19 listopada 2012 r., wykonawca Aspen Res Sp. z o. o. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, iż cena jego oferty nie ma znamion rażąco niskiej. Podnosił, iż jako jedna z wiodących firm w branży zbiorowego żywienia w szpitalach, firma Aspen Res Sp. z o. o. na przestrzeni lat wypracowała i w pełni korzysta z własnego know-how. Wykonawca wskazywał, iż „(...) zaoferowana cena zawiera wszystkie elementy określone w SIWZ, co daje gwarancję zachowania należytej jakości realizowanej usługi z kuchni znajdującej się w Gdańsku, przy ul. Dębowej 7. Kuchnia ta jest wyposażona w szereg narzędzi i urządzeń pozwalających na realizację usługi bez konieczności ponoszenia znacznych inwestycji. Dodatkowo należy podkreślić, iż stan zatrudnienia w tejże kuchni pozwala na swobodne realizowanie usługi bez konieczności zatrudnienia dodatkowych pracowników.(...) Należy również podnieść, iż realizacja usług żywieniowych przez naszą spółkę na terenie całego kraju umożliwia wprowadzenie tzw. zakupów centralnych, poprzez zmniejszenie ilości dostawców, a tym samym zwiększenie obrotów z nimi transakcji. Taka polityka firmy, powoduje znaczne obniżenie kosztów nie tylko produktów, półproduktów czy surowców, ale również niezbędnych środków czystości, środków ochrony indywidualnej personelu.”. Wykonawca stwierdził, również, iż „(...) wartość szacunkowa przyjęta w tym postępowaniu mogła wynikać z cen proponowanych przez dotychczasowego wykonawcę usługi żywienia. Niewątpliwie ceny naszej konkurencji mogą różnić się od naszych propozycji, ale jak już uzasadniono, wynikają one wyłącznie ze zdolności firmy Aspen do skutecznego zarządzania i kontrolowania kosztów.”. Dodatkowo wykonawca Aspen Res Sp. z o. o., przedstawił zestawienie istotnych elementów mających wpływ na zaproponowaną cenę.

Pismem z dnia 23 listopada 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Restauracja „CRISTAL” R.A. Kokoszka

s.c. z siedzibą w Gdańsku. Tym samym pismem zamawiający poinformował wykonawców, iż działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzucił z przedmiotowego postępowania ofertę wykonawcy Aspen Res Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie z uwagi na to, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 4 grudnia 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Restauracja „CRISTAL” R.A. Kokoszka s.c. z siedzibą w Gdańsku, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty Odwołującego, złożone przez niego wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jak też zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się. Należy wskazać, iż wszczęcie procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. ustanawia domniemanie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Izba stoi na stanowisku, że to na wykonawcy ciąży obowiązek obalenia tego domniemania. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien

bowiem wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.

Odnosząc się do przedmiotowej sprawy należy wskazać, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez odwołującego wyjaśnień, zgodnie z kryteriami określonymi przykładowo w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Ocena tych wyjaśnień stanowi bowiem podstawę do uznania za potwierdzony zarzut zaferowania rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować. W ocenie Izby w złożonych przez odwołującego wyjaśnieniach takich czynników brak. O ile odwołujący w wyjaśnieniach wskazuje np. że jest jedną z wiodących firm w branży zbiorowego żywienia, że korzysta z własnego know-how, czy też, że realizując usługi żywieniowe na terenie całego kraju ma możliwość prowadzenia tzw. zakupów centralnych to brak jest jakiegokolwiek argumentacji która wskazywałaby w jaki sposób przekłada się to na zaproponowaną cenę jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy. Za takie czynniki nie mogą być uznane zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenia odwołującego, iż zaproponowana kwota zawiera wszystkie elementy określone w SIWZ czy też wskazywanie że wartość szacunkowa przyjęta w tym postępowaniu mogła wynikać z cen proponowanych przez dotychczasowego wykonawcę usługi żywienia i że ceny konkurencji mogą różnić się od jego ceny ale wynika to ze zdolności skutecznego zarządzania i kontrolowania kosztów. Nie sposób nadać im waloru obiektywności i dostępności tylko dla odwołującego. W ocenie Izby poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zamawiający nie dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. Sam odwołujący zdaje się mieć niesprecyzowane stanowisko, gdyż raz stwierdza, że ocena w ogóle nie została dokonana by za chwilę uznać, że ocena wyjaśnień została dokonana ale powierzchownie. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach odwołującego zawierają - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśniają, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. Sam odwołujący zarówno w uzasadnieniu odwołania, jaki i na rozprawie wskazywał, iż mógł przedstawić szczegółowe wyliczenia z przywołaniem dowodów np. faktur dokumentujących ceny zakupu produktów, z których wynikać miałyby, że dokonując zakupów centralnych jest w stanie uzyskać ceny korzystniejsze dla poszczególnych produktów. Nie sposób zgodzić się

z zamawiającym, iż przedstawienie szczegółowych wyliczeń wraz z dowodami naruszałoby jego interes. Niewątpliwie przedstawiając takie szczegółowe dane wykonawca uprawniony byłby do ich zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dawało podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska – zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającego ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. (IV Ca 1299/2009).

Dodatkowo należy wskazać, iż późniejsze, po upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu, uzupełnienie złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalne, w szczególności na etapie rozpoznawania środków ochrony prawnej. Dlatego też pod uwagę nie mogły być wzięte argumenty zgłaszane przez odwołującego na rozprawie, iż kuchnia w której będą przygotowywane posiłki może dziennie obsłużyć około 2500 osób, również poziom zatrudnienia który pozwala na obsłużenie zwiększonej ilości pacjentów z uwzględnieniem wymogów zamawiającego. Podnoszone również na rozprawie argumenty dotyczące sposobu przygotowywania posiłków w oparciu np. o produkty porcjowane, czy też brak po stronie wykonawcy kosztów wynajmu kuchni, które mogą niewątpliwie mieć wpływ na zaoferowaną cenę, jako niezawarte w wyjaśnieniach, Izba zmuszona była pominąć. W konsekwencji, Izba biorąc pod uwagę złożone na rozprawie oświadczenia zarówno stron jak i przystępującego uznała, że odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał, iż znajduje się w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców co uzasadniałoby cenę jego oferty. Dlatego też należało stwierdzić iż zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając jego ofertę na podstawie wskazanego przepisu. Tak udzielonych wyjaśnień nie można bowiem potraktować jako wystarczających w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe przesądza również o niezasadności zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się również z odwołującym, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zamawiający podał uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego. Wskazał, iż udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdziły, że złożona oferta jest przygotowana rzetelnie, a cena prawidłowo oszacowana gwarantująca wykonanie zamówienia zgodnie z jego opisem zawartym w SIWZ. Zamawiający uznał, iż ocena złożonych przez odwołującego wyjaśnień potwierdza, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. Uwzględniając stanowisko Izby co do poprzednich zarzutów nie sposób uznać, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż dokonał niewątpliwie wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryterium wskazanego w SIWZ.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w ocenie Izby prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad w nim wyrażonych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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: