

Sygn. akt: KIO 865/17

WYROK

z dnia 18 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **C. S.A. z siedzibą w K.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr ... im. N. B. U. M. w Ł. z siedzibą w Ł.,**

przy udziale wykonawcy **G. R. S.A. z siedzibą w Z.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę C. S.A. z siedzibą w K. i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **C. S.A. z siedzibą w K.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.3. zasądza od wykonawcy **C. S.A. z siedzibą w K.** na rzecz zamawiającego - **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr ... im. N. B. U. M. w Ł. z siedzibą w Ł.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr ... im. N. B. U. M. w Ł. z siedzibą w Ł. (dalej: „Zamawiający” lub „Szpital”), na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pt. „Świadczenie usług w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków do pacjentów i uprawnionego personelu”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu o numerze zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2017 r.

W dniu 21 kwietnia 2017 r. wykonawca C. S.A. z siedzibą w K. (dalej: „C.” lub „Odwołujący”) został powiadomiony przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy G. R. S.A. z siedzibą w Z. (dalej: „G.” lub „Przystępujący”).

W dniu 28 kwietnia 2017 r. wykonawca C. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. zaniechaniu czynności wezwania wykonawcy G. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
2. badaniu i ocenie oferty złożonej przez wykonawcę G.,
3. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę G. jako oferty najkorzystniejszej,
4. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy G. w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień, dotyczących ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że ofertą tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 90 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy G. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny pomimo, że zaoferowaną przez tego wykonawcę cena i wszystkie okoliczności sprawy budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przez tego wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zaniechanie podjęcia czynności w stosunku do wykonawcy G., mających na celu wyjaśnienie zaoferowanej ceny, w sytuacji gdy w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien powziąć istotne wątpliwości co do możliwości wykonania przez wykonawcę zamówienia zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) za zaoferowaną cenę;
3. art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy G. w przypadku, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień dotyczących ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności oceny ofert;
- dokonania czynności wezwania wykonawcy G. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny;
- dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy G.;
- ewentualnie, w sytuacji gdy zaistnieją do tego przesłanki - tj. w przypadku nie złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - odrzucenia oferty wykonawcy G. na podstawie art. 90 ust 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca C. wyjaśniał, że wszystkie okoliczności faktyczne, w tym w szczególności wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz wymogi przepisów prawa dotyczące kosztów zatrudnienia - wskazują, iż cena zaoferowana przez wykonawcę G. nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wziął pod uwagę istnienia obiektywnych podstaw do zwrócenia się do wykonawcy G. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny przez wykonawcę i zaniechał obowiązku, który w okolicznościach tej konkretnie sprawy na Zamawiającym spoczywał.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający określił w treści SIWZ istotne elementy kosztotwórcze niezbędne do wykonania zamówienia, które winien był uwzględnić każdy wykonawca kalkulując cenę ofertową.

I. Koszt - "Wsad do kotła"

Zgodnie z zapisami rozdziału II pkt 11 ppkt j) SIWZ "wartość artykułów użytych do przygotowania jednej diety – tzn., „wsad do kotła” nie może być mniejszy niż 60% stawki żywieniowej", co w przypadku oferty wykonawcy G., stanowi kwotę 7,17 zł netto za jeden posiłek ceny po przeliczeniu ($11,95 \text{ zł} \times \text{min. } 60\% = 7,17 \text{ zł netto}$).

II. Koszt -"Obsada Osobowa - na terenie Zamawiającego dystrybucja"

W rozdziale II pkt 18 SIWZ Zamawiający wskazał: Zamawiający zastrzega sobie prawo do zatrudnienia odpowiedniej ilości osób do wydawania posiłków na poszczególne oddziały kliniczne (10 osób na obie zmiany plus jedna osoba zatrudniona na 8 godzin dziennie do pomocy w trakcie urlopów i zwolnień lekarskich, dni wolnych); osób kompetentnych znających się na wykonywanej pracy. Wymagamy, by pracownik był podporządkowany jednemu oddziałowi klinicznemu.

W rozdziale II pkt 42 SIWZ Zamawiający wskazał: Zamawiający wymaga, aby osoby, które będą wykonywały u Wykonawcy i/lub Podwykonawców czynności w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków do pacjentów i uprawnionego personelu były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący podał, że w SIWZ Rozdz. II pkt 36 Zamawiający wskazał 13 oddziałów klinicznych.

W związku z powyższym zdaniem Odwołującego średniomiesięczne koszty pracowników kształtują się następująco:

1 osoba na 1 oddział kliniczny oddziałów klinicznych mamy 13 = 13 osób

13 osób x 5 godzin (5 wydań -1 wydanie: średnio 1 godzina) = 65 godzin

65 godzin x 30,5= 1982,5 godzin/168 = 11,8 etatów

dotatkowo 1 etat zgodnie z wymaganiami SIWZ rozdział II pkt 18

W przeliczeniu na cenę osobodnia:

Ilość osobodni w miesiącu= 7000

30 720,00 zł/7000= 4,39 zł

Odwołujący twierdził, że powyższe koszty dotyczą jedynie pracowników wydających pacjentom posiłki w szpitalu oraz koordynatora usługi. Dodatkowo w kosztach usługi należy również uwzględnić innych pracowników, którzy będą zatrudnieni przy realizacji usługi np. dietetyka , kucharzy, pomoce kuchenne.

III. Koszt dzierżawy oraz mediów

Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział II pkt 26: Zamawiający deklaruje gotowość dzierżawy pomieszczeń i posiadanych urządzeń kuchennych. Pomieszczenia kuchenne obejmują około 112,88 m² (ilość m² do wynajmu do uzgodnienia z Zamawiającym wg potrzeb Wynajmującego). Cena za 1 m² wynajmującej powierzchni wynosi 25zł/m².

Biorąc pod uwagę powyższe zapisy średniomiesięczne koszty dzierżawy wynoszą:

112,88 m²x 25,00 zł = 2.822,00 zł

Zgodnie z zapisami SIWZ - rozdział II pkt 27: „Rozliczenie zużycia energii elektrycznej i wody będzie następować po comiesięcznym odczycie liczników (podlicznik energii elektrycznej i podlicznik ciepłej i zimnej wody) w oparciu o wystawioną przez Wynajmującego refakturą faktury sprzedawców energii, wody i podmiotu odprowadzającego ścieki w terminie 14 dni od daty otrzymania przez Najemcę refaktury”

Uwzględniając dotychczasowe zużycie wody i energii elektrycznej na podstawie wystawionych przez Zamawiającego (Wynajmującego) na rzecz Odwołującego (Najemcy) refaktur, średniomiesięczne koszty mediów, wynoszą około: 871,00 zł netto, co w przeliczeniu na cenę osobodnia wynosi:

Ilość osobodni w miesiącu = 7000

$(2822,00 + 871,00 \text{ zł})/7000 = 0,53 \text{ zł}$

IV. Koszt transportu

Zgodnie z zapisami rozdziału II pkt 28 SIWZ Zamawiający określił: „Wykonawca zobowiązany jest, aby transport posiłków do siedziby Zamawiającego odbywał się specjalistycznym transportem samochodowym w pojemnikach termoizolacyjnych, termosach i innych szczelnie zamykanych pojemnikach dopuszczonych do kontaktu z żywnością od kuchni. Wykonawcy do wyznaczonego przez Zamawiającego pomieszczenia dystrybucyjnego”.

Odwołujący twierdził, że na koszt transportu składa się z kilku czynników. Podstawowy czynnik to paliwo, kurs 3 x dziennie x 33,4 w dwie strony z kuchni Wykonawcy G., tj. około 3.056,1 km miesięcznie. Średnie spalanie samochodu transportowego wynosi 15 l/100 km, gdzie 1 litr paliwa kosztuje 3,90 zł, Miesięczny koszt paliwa wyniesie zatem około 1.787,82 zł.

Z uwagi na metraż obiektu Zamawiającego auto transportowe musi wozić posiłki tylko i wyłącznie dla tego Zamawiającego, w związku z tym praca kierowcy dostarczającego posiłki wynosi minimum 9 godzin (pierwszy posiłek 7:30-ostatni 17:30)

$9 \text{ godzin} \times 13,00 \text{ zł} \times 30,5 \text{ dnia} = 3.568,50 \text{ zł netto}$

Całkowity koszt transportu posiłków do Zamawiającego wynosi; 1.787,82 zł paliwo + 3.568,50 zł koszt pracownika = 5.356,32 zł netto

Co w przeliczeniu na cenę osobodnia wynosi:

Ilość osobodni w miesiącu= 7000

$5.356,32 \text{ zł}/7000 = 0,77 \text{ zł}$

V. Koszt środków czystości i jednorazówek

W świetle rozdziału II pkt 5 SIWZ: „Wykonawca świadczący usługę zobowiązuje się do starannego wykonania usług, będących przedmiotem umowy przy użyciu własnego sprzętu i środków czystości (środków czyszczących i dezynfekcyjnych) atestowanych, nieszkodliwych dla środowiska i ludzi, a w szczególności zabezpieczających przed powstawaniem zakażeń i uczuleń oraz innych chorób w tym w szczególności: WZW”. Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział II pkt 9 Zamawiający wymaga „naczyń jednorazowego użytku do podgrzewania w kuchenkach mikrofalowych dla pacjentów Stacji Dializ, OKAiIT, oraz dla pacjentów przebywających na badaniach lekarskich, i pacjentów zakażonych - (około 20 zestawów na śniadanie, obiad i kolacje - dziennie)”.

Koszt środków czystości użytych tylko na terenie Zamawiającego do utrzymania czystości oraz pracy zmywarko-wyparzarek, a także koszt naczyń jednorazowych wynosi średnio ok. 650 zł, co w przeliczeniu na cenę osobodnia wynosi.:

Ilość osobodni w miesiącu= 7000

$650,00 \text{ zł} / 7000 = 0,09 \text{ zł}$

Podsumowując – zdaniem odwołującego - powyższe wszystkie wymagania Zamawiającego określone w treści SiWZ generują następującą wartość w cenie osobodnia wykonawcy G.:

1. „Wsad do kotła”	7,17 zł
2. „Obsada osobowa”	4,39 zł
3. Dzierżawa i media	0,53 zł
4. Transport	0,77 zł
5. Środki czystości i jednorazówki	0,09 zł

Minimalny koszt realizacji zamówienia 12,95 zł

Cena oferty wykonawcy G. 11,95 zł

Różnica 0,37 zł

Zdaniem Odwołującego minimalne koszty wykonania zamówienia w okresie 48 miesięcy wynoszą: 12;95 zł netto x 84 000 osobodni w ciągu roku x 4 lata = 4 351200,00 zł netto, co stanowi kwotę, wyższą od wartości netto oferty wykonawcy G. o 313075,20 zł.

W ocenie Odwołującego wykonawca G. w ogóle nie uwzględnił następujących kosztów realizacji usługi:

Zgodnie z zapisami SIWZ rozdział II pkt 3: "Przygotowanie posiłków ma mieć miejsce poza terenem Szpitala, maksymalnie 50 km od naszego Szpitala" - koszty produkcyjne na kuchni Wykonawcy to zwiększone zużycie mediów, środków czystości, koszty gospodarki odpadami na kuchni i inne związane z pracą kuchni przy produkcji posiłków, a przede wszystkim koszty personalne pracowników danej jednostki w tym dietetyków, technologów, magazynierów, kucharzy, pomoce kuchenne.

Wykonawca G. nie uwzględnił, również w treści oferty kosztów wymaganego przez Zamawiającego sprzętu. Zgodnie z zapisami SIWZ - rozdział VI pkt 1.2 wymagany sprzęt to: lodówki - 2 szt.; wózki kelnerskie długie- 5 szt.; regały metalowe - 2 szt.; wyparzarki - 2 szt.; mikrofalę -5 szt.; suszarki na talerze, talerze płaskie i głębokie do wydawania posiłków; kubki jednorazowe na napoje; pojemniki plastikowe na pieczywo, podesty plastikowe pod termosy ze styropianu- 5 szt.; sztuczce jednorazowe; pojemniki do mikrofal na zupę; szafki do. szatni w ilości 12 szt.; opakowania jednorazowe ze styropianu, blender, czajnik - 2 szt., telefon służbowy - 2 szt., odzież ochronna + buty dla pracowników, beczki plastikowe z przykry wami na odpady - 3 szt.; itp.

Po przeliczeniu kosztów wynikających z przedstawionych przez Zamawiającego w SIWZ warunków realizacji przedmiotu zamówienia, w ocenie wykonawcy C., nie jest możliwe należyte jego wykonanie za cenę zaoferowaną, przez wykonawcę G. a wskazane warunki cenowe nie pozwalają na pokrycie kosztów, nawet przy zastosowaniu najbardziej daleko posuniętych oszczędności ani na osiągnięcie nawet minimalnego zysku. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Wykonawcy i wziął pod uwagę, wszystkie składniki kosztotwórcze niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, winien wezwać wykonawcę, do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczącej wyliczenia ceny.

W ocenie odwołującego wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów jest tym bardziej uzasadnione, że obecnie Zamawiający płaci za wykonanie przedmiotowej usługi 14,06 złotych brutto za 1 osobodzień (śniadanie, II śniadanie, obiad, podwieczorek, kolacja) oraz 4,17 złotych brutto za posiłki regeneracyjne (vide: odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 4 do SIWZ z dnia 28 marca 2017 roku). Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien powziąć wątpliwości w oparciu o aktualną wysokość wynagrodzenia uiszczanego z tytułu wykonywania przedmiotowej usługi, co do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę G.

W opinii Odwołującego należy podkreślić, że cena wykonawcy G. jest o 12,23% niższa od ceny kolejnego wykonawcy, który zaoferował cenę najniższą! aż o 33,84 % niższa od ceny wykonawcy, który zaoferował cenę najwyższą. Cena Wykonawcy jest o 15,60 % niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich Wykonawców ubiegających się o zamówienie. Powyższe różnice cenowe przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy bezsprzecznie wymagały zastosowania przez Zamawiającego procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego wykonawca nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Do takiego wniosku powinien dojść również Szpital.

W opinii Odwołującego Zamawiający, zdając sobie sprawę z wymogów SIWZ oraz analizując cenę zaoferowaną przez Wykonawcę w tym postępowaniu, powinien powziąć wątpliwości, co do możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ za zaoferowaną cenę. Zamawiający, w tych szczególnych okolicznościach, winien był zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny przez wykonawcę. Zamawiający zaniechał wystosowania do wykonawcy takiego wezwania i dokonał oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, bez przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, zdaniem Odwołującego naruszając art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 2 maja 2017 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawcy G. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 17 maja 2017 r. ze strony Zamawiającego - w formie faksu - do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. W toku rozprawy pismo procesowe złożył również Przystępujący.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy G. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny nie potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że Zamawiający oceniał oferty trzech wykonawców, które w terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły i opiewały na następujące kwoty brutto:

1. C. - 4 894 732,80 zł.
2. G. - 4 361 174,78 zł.
3. I. C. „C.” Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą we W. - 5 072 772,10 zł.

W załączniku nr 1A do SIWZ w kolumnie 1 osobodzień netto wykonawcy podali następujące kwoty:

1. C. - 13,42 zł
2. G. - 11,95 zł
3. I.C. „C.” Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą we W. - 13,90 zł.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia wyniosła 4 416 781,78 zł netto. Natomiast kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 4 770 124,31 zł brutto.

W toku rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że w treści odwołania popełni błąd w zakresie ilości oddziałów klinicznych podając liczbę 13 zamiast 14. W związku z tym zmianie uległy także pewne wyliczenia podane przez Odwołującego.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Natomiast według art. 90 ust. 1a Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu

postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Według art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia. W takim przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Istotnym jest, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena”. Sąd Okręgowy w K. w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08 stwierdził, że: „przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny [...]. Punktem odniesienia do określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

W związku z brakiem legalnej definicji, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz KIO, a wcześniej w orzecznictwie arbitrażowym, ustalone zostały pewne cząstkowe lub ogólne, definicyjne ramy i odniesienia dla tego pojęcia. I tak według wyroku KIO 592/13: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne”. Ponadto w wyroku KIO 1562/11 wskazano: „Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i

kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Na przykład według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07: „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”. Natomiast Sąd Okręgowy w K. w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: „odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych”.

Na wstępie rozważań Izba wyjaśnia, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców powźmie wątpliwości co całej cenie lub koszt oferty, lub ich istotnych części składowych.

Z treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika jasno, że dyspozycja tego przepisu jest skierowana wyłącznie do Zamawiającego, który jako organizator postępowania przeprowadza badanie ocenę ofert, którą następnie odnosi do poszczególnych aspektów postępowania, w tym. m. in. ocenia realność zaoferowanych przez wykonawców cen, w kontekście wymagań, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zatem to Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp ale tylko w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wobec tego stwierdzić należy w celu skorzystania z możliwości zastosowania ww. przepisu konieczne jest wystąpienie uzasadnionych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

W opisanym powyżej stanie faktycznym sprawy Izba po zbadaniu całokształtu materiału dowodowego, zgromadzonego w sprawie nie stwierdziła wystąpienia okoliczności, powodujących wypełnieniem się przesłanek, opisanych w art. 90 ust. 1 Pzp, które powinny skutkować koniecznością wezwania wykonawcy G. do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej.

Strony były zgodne co do tego, że w ramach rozpoznawanego postępowania nie wystąpiły okoliczności, skutkujące koniecznością zastosowania przez Zamawiającego obligatoryjnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej.

Przeprowadzona analiza porównawcza prowadzi do wniosku, że cena ofertowa wykonawcy G. różni się od wartości szacunkowej powiększonej o należny podatek o 408 946,53 zł co stanowi ok. 12% jej wartości. Ponadto Cena oferty G. jest mniejsza od ww. wartości jedynie o 8,6%.

Podkreślenia również wymaga, że wartości ofert, złożonych w postępowaniu są do siebie zbliżone, gdyż cena oferty G. różni się od ceny oferty C. o ok. 11%. Ponadto cena oferty Przystępującego jest mniejsza od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (5 041 462,71 zł) jedynie o ok. 13,5%. W ocenie Izby powyższe wysoce uprawdopodobnia, że cena ofertowa wykonawcy G. odzwierciedla realny, rynkowy poziom wartości zamówienia.

Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że różnice w cenach oferowanych przez wykonawców wskazanych powyżej należy traktować jako najzupełniej naturalne zjawisko występowania konkurencji w określonej branży. W związku z tym, Izba uznała za słuszne i prawidłowe działanie Zamawiającego, który przyjął, że przedstawione przez wykonawcę G. cena ofertowa nie odbiega w sposób znaczący od cen rynkowych co sprawia, że należy ją uznać za realną i umożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że na treść art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zatem skierowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi dla wykonawcy daleko idące konsekwencję w zakresie ciężaru dowodu, polegające na tym, że wówczas to właśnie wykonawca, który został wezwany do złożenia wyjaśnień jest zobligowany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wobec tego w ocenie Izby czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonywana „na wszelki wypadek” czy też „z ostrożności” ale powinna opierać się na wystąpieniu okoliczności opisanych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego wyrażonego na rozprawie, z którego wynikało, że minimalna stawka za osobodzień powinna wynosić netto:14,05 zł (I wariant) bądź też 18,67 zł (II wariant). Przede wszystkim przeczy temu już treść oferty Odwołującego, który w załączniku nr 1A do SIWZ, złożonym wraz z ofertą zaoferował stawkę za osobodzień, wynoszącą 13,42 zł netto, a więc poniżej wartości powołanych powyżej. Po drugie przedstawione przez Odwołującego kalkulacje odzwierciedlają jedynie sytuację, poziom cen i warunków handlowych, przypisanych Odwołującemu, a które dla wykonawcy G. mogą być odmienne. W tym zakresie należy odwołać się chociażby do wyjaśnień Przystępującego w zakresie korzystania przez wykonawcę G. z dofinansowania z Urzędu Pracy, czy też możliwości łączenia transportów z uwagi na świadczenie usług dla podmiotów, znajdujących się w bardzo bliskim sąsiedztwie Szpitala. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, że w stawka za osobodzień zaproponowana przez Przystępującego na poziomie 11,95 zł netto jest stawką, która nie gwarantuje w sposób należyty realizacji przedmiotu zamówienia.

Podobnie, jak w przypadku całkowitej kwoty za realizację zamówienia Izba uznała, że stawki za jeden osobodzień zaoferowane przez wykonawców, w tym również przez

Przystępującego, są stawkami do siebie bardzo zbliżonymi, co uprawdopodobnia ich rynkowy charakter.

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zaniechanie podjęcia czynności w stosunku do wykonawcy G., mających na celu wyjaśnienie zaoferowanej ceny. Tym samym za bezpodstawny należało uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy G.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 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: