

Sygn. akt: KIO 2733/15

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 28 grudnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2015 r. przez wykonawcę – **DGP Catering Partner Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14/1, 59-220 Legnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szkoła Podstawowa nr 30, ul. Zaporoska 30, 53-523 Wrocław,**

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy - **DGP Catering Partner Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 14/1, 59-220 Legnica** uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający, Szkoła Podstawowa nr 30 we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostarczenie, przygotowanie i podawanie posiłków dla dzieci uczęszczających do Szkoły Podstawowej nr 30 we Wrocławiu w 2016 roku”, o wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 listopada 2015 r., pod numerem 297952.

W dniu 10 grudnia 2015 r. wykonawca DGP Catering Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy został poinformowany o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Wykonawca wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty oraz wobec zaniechania rzetelnej i wnikliwej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 23 listopada 2015 r. otrzymał wezwanie do wyjaśnienia ceny, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i w wyznaczonym terminie przekazał wyjaśnienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, który poweźmie wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny, decydując się na wszczęcie procedury jej wyjaśnienia powinien precyzyjnie wskazać w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień, natomiast poprzestanie na przywołaniu w treści wezwania samej treści art. 90 ust. 1 Pzp nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wezwanego wykonawcy na etapie ich oceny. Powołał się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29.03.2012 r w sprawie C-599/10, (Sag Slovensko) oraz z dnia 27 listopada 2001 r w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 (Lombardini i Mantovani, Rec, s. 1-9233, pkt. 46-49),

W okolicznościach przedmiotowego postępowania, Zamawiający poprzestał na skierowaniu wezwania do wyjaśnienia ceny, którego treść stanowiła jedynie przytoczenie treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp bez określenia które składniki ceny, za jakie elementy przedmiotu zamówienia budzą wątpliwości Zamawiającego. Tym samym Zamawiający pozostawił decyzji Odwołującego formułę wyjaśnień zarówno co do stopnia ich szczegółowości, jak i ewentualnych dowodów, przy czym w okolicznościach przedmiotowego

postępowania, czyniąc treścią wezwania brzmienie ww. przepisu, Zamawiający dodatkowo zaakcentował, iż uwzględni przy ocenie złożonych wyjaśnień skonkretyzowane klauzule generalne.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący, kierując się treścią art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Pzp, złożył wyjaśnienia konkretne, szczegółowe, umotywowane i poddające się ocenie, wskazując rodzajowo wszystkie czynniki cenotwórcze oraz ich wartość w całej cenie. Dodatkowo, Odwołujący precyzyjnie wyjaśnił, w jaki sposób aktualizują się wobec niego klauzule ogólne, wskazane w art. 90 ust. 1 Pzp, załączając stosowne i wiarygodne dowody. W ocenie Odwołującego, sprostął on ciężącemu na nim obowiązki wykazania, że zaoferowana cena jest realna, rynkowa i gwarantuje wykonanie zobowiązania w sposób należyty zapewniając Odwołującemu oczekiwany poziom zysku.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał rzetelnego zbadania złożonych wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów polegających na przyjęciu do kalkulacji kosztu przygotowania jednego posiłku błędnej podstawy - maksymalna ilość posiłków oraz nie uwzględnieniu w kalkulacji wymaganego przez Zamawiającego dodatkowego posiłku, Odwołujący wskazał, że treść siwz jest niejednoznaczna, a nawet sprzeczna, bowiem nie pozwala na jednoznaczne ustalenie, jaka jest maksymalna ilość posiłków objęta zamówieniem. W rozdziale II siwz (Opis przedmiotu zamówienia), pkt. 2a oraz w § 1 ust. 2 tiret pierwsze wzoru umowy, jako maksymalną ilość dzieci objętych żywieniem Zamawiający podał 130, konsekwentnie w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 2 nakazał podać cenę za 130 posiłków. W rozdziale XII pkt 3 siwz stwierdził, że „cenę oferty stanowić będzie wartość brutto (kolumna nr 7 formularza cenowego), a w rozdziale II siwz w pkt 10 c wskazał, iż „Wykonawca winien przygotować 1 dodatkowy posiłek na własny koszt”, precyzując w pkt 10, że próbki posiłków wykonawca przechowuje na terenie swojej siedziby. Zamawiający nie zobowiązał zatem wykonawcy do dostarczenia dodatkowego posiłku, co by sugerowało, że należało wycenić w ofercie 130 posiłków, ale przygotować 130 plus dodatkowe. W rozdziale XII ust. 1 siwz Zamawiający wskazał, iż cenę oferty należy obliczyć uwzględniając cały zakres zamówienia określony w dokumentacji przetargowej (SIWZ) oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia - nie precyzując jaką ilość posiłków należy uznać za maksymalną.

Ww. niejasności treści siwz znalazły wyraz w uzasadnieniu odrzucenia oferty, gdzie Zamawiający wskazał jako maksymalną ilość posiłków – 130, a nie 130 plus dodatkowe posiłki, a także uznał, że do kalkulacji powinna zostać przyjęta ilość szacunkowa posiłków, a nie maksymalna, wbrew przywołanym postanowieniom siwz. Uznał również, że cena jest rażąco niska, gdyż Odwołujący przyjął do kalkulacji maksymalną ilość posiłków (130), a nie 130 plus dodatkowe posiłki.

Odwołujący podkreślił, że działając z należytą starannością, przyjął do wyceny największy zakres przedmiotu zamówienia, tj. 130 plus posiłki dodatkowe, mając na uwadze, iż zgodnie z treścią rozdziału I siwz (Informacje ogólne), pkt. 15a Zamawiający nie przewidział udzielenia zamówień uzupełniających. Koszt posiłków dodatkowych został wliczony do pozycji „Inne” - określając jej wartość na kwotę 133,77 PLN brutto, stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej i ilości dni w miesiącu wykonywania usługi. Jednocześnie Odwołujący nie wskazał tego w wyjaśnieniach, gdyż opracowując treść wyjaśnień opierał się na treści formularza cenowego.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie brak jest jednak podstaw do twierdzenia, że cena oferty powinna zostać skalkulowana na podstawie szacunkowej ilości posiłków, a nie maksymalnej gdyż Zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji na równi z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. A nawet jeśli postanowienia są niejednoznaczne lub sprzeczne, to wszelkie nieścisłości należy interpretować na korzyść wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu 2, polegającego na braku uwzględnienia kosztów przygotowania (produkcji) posiłków Odwołujący wskazał, że w ramach prowadzonej generalnej kuchni przygotowuje posiłki dla wielu zamawiających, w bardzo dużych ilościach i niezależnie od zmieniającej się ilości zamawiających ponosi stałe, ryczałtowe opłaty z tytułu wywozu odpadów, zużycia mediów, które zostały uwzględnione na zasadzie uśrednienia w kosztach ogólnozakładowych.

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. wyjaśnił, że żaden z uczestników postępowania nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Takie przystąpienie nie wpłynęło także do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, tj. trzech dni od dnia otrzymania przez wykonawcę kopii odwołania. W tym samym piśmie Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....