

Sygn. akt: KIO 2857/22

## WYROK

z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawcę **Fudeko Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdyni, ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pomocy Społecznej „Polanki”**, ul. Polanki 121, 80-308 Gdańsk

przy udziale wykonawcy **A.N.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Handel Hurtowy Artykułami Rolno-Spożywczymi „APENA” A.N.**, Skowarcz, ul. Polna 6, 83-032 Pszczółki

### orzeka:

1. **Uwzględni odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy A.N. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Handel Hurtowy Artykułami Rolno-Spożywczymi „APENA” A.N. na podstawie art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Domu Pomocy Społecznej „Polanki”**, ul. Polanki 121, 80-308 Gdańsk na rzecz **Fudeko Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gdyni, ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Dom Pomocy Społecznej „Polanki” w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej „Polanki” w Gdańsku ul. Polanki 121 w okresie od 01.11.2022 do 30.09.2024, numer referencyjny: DPS/1/TP/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 września 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 2022/BZP 00372797/01.

W dniu 24 października 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę A.N. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Handel Hurtowy Artykułami Rolno-Spożywczymi „APENA” A.N. (dalej: „APENA”). Wykonawca Fudeko S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec tej czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy APENA, podczas gdy nie sprostował on spoczywającym na nim ciężarowi dowodu i w wyjaśnieniach w trybie art. 224 ust. 1 Pzp nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 odwołania, naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ewentualnie art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy APENA, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy APENA jako najkorzystniejszej;

- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy APENA jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykonania czynności polegającej na: wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórnym wyborze oferty najkorzystniejszej i wyborze oferty Odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 odwołania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy APENA jako najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty Wykonawcy APENA jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykonania czynności polegającej na: wezwaniu Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty i wyborze oferty Odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu;

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

- 1) oferty na Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej „Polanki” w Gdańsku ul. Polanki 121 w okresie od 20.12.2021 do 31.10.2022 roku) nr sprawy DPS/3/TP/2021 złożonej przez Wykonawcę Catermed sp. z o. o. celem stwierdzenia faktu: zaoferowania przez Wykonawcę APENA niższej ceny jednostkowej za osobodzień żywienia niż obecny Wykonawca w zeszłorocznym postępowaniu;
- 2) wskaźników cen towarów i usług konsumpcyjnych we wrześniu 2022 r. opublikowanych przez Główny Urząd Statystyczny 14 października 2022 r. celem stwierdzenia faktu: wysokości wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych od grudnia 2021 r.;
- 3) szybkiego szacunku wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w październiku 2022 r. opublikowanego przez Główny Urząd Statystyczny 31 października 2022 r. celem stwierdzenia faktu: tendencji wzrostowej inflacji.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że 19 października 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę APENA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, tj. o dostarczenie wyjaśnień odnośnie wyliczenia ceny w złożonej przez Państwa ofercie (dotyczących m. in. kosztów pracy, zużycia energii, produktów spożywczych itp.). Odpowiedź na wezwanie Zamawiającego Wykonawca APENA złożył 21 października 2022 r. i 24 października 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę APENA. W ocenie Odwołującego, wybór oferty został dokonany z rażącym naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca APENA zaoferował cenę jednostkową brutto osobodnia żywienia w wysokości niższej niż Wykonawca obecnie świadczący usługę na rzecz Zamawiającego, tj. Catermed sp. z o. o., zaoferował w zeszłorocznym postępowaniu. Jak wynika bowiem z Formularza ofertowego złożonego przez Catermed sp. z o. o. w zeszłorocznym postępowaniu o numerze DPS/3/TP/2021, Wykonawca ten zaoferował ceną jednostkową brutto osobodnia żywienia dla jednego mieszkańca w wysokości 26,89 zł brutto. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Wykonawca APENA zaproponował cenę jednostkową brutto osobodnia żywienia dla jednego mieszkańca w wysokości 25,30 zł brutto. Oznacza to, że oferta złożona przez Wykonawcę APENA jest o niemal 6% niższa niż obecny Wykonawca zaoferował niemal rok temu. Już sam ten fakt powinien wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, co do realności oferty Wykonawcy APENA. Na aprobatę zasługuje więc czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu Wykonawcy APENA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 Pzp. Nie zasługuje natomiast na aprobatę uwzględnienie przez Zamawiającego „wyjaśnień” złożonych przez tego Wykonawcę i podjęcie decyzji o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej, a to z przyczyn podanych poniżej, ponieważ cena zaoferowana przez Wykonawcę APENA jest ceną nierealną, skutkującą niemożliwością wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Na poparcie tej tezy wystarczy dokonać prostej analizy porównawczej ofert złożonych w poprzednim oraz obecnym postępowaniu, a także dokonać analizy skutków zmian cen podstawowych czynników kosztowych związanych z realizacją tego zamówienia, jak ceny żywności, nośników energii czy też kosztów pracy. Przede wszystkim można założyć, że najlepszą wiedzę o rzeczywistych kosztach wykonania usługi posiada obecny wykonawca Catermed sp. z o. o., który złożył ofertę o ponad 28% wyższą niż w poprzednim postępowaniu. Zarówno w poprzednim, jak i w obecnym postępowaniu udział wzięło 3 Wykonawców, których oferty w obu postępowaniach można bez problemu porównać. Z prostej analizy wynika, że wykonawcy ci zwiększyli swoje oferty od 11% do nawet 35% w stosunku do poprzedniego postępowania, a średnia zmiana (zwiększenie) wysokości ofert tych podmiotów wyniosła 24,6%. Z comiesięcznych danych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny wynika, że w okresie realizacji obecnego kontraktu, biorąc pod uwagę jedynie okres od stycznia 2022 do września 2022, ceny żywności wzrosły o ponad 15%, a średnie koszty nośników energii (energia elektryczna, gaz, opał i ogrzewanie) wzrosły o ponad 33%. Roczne wskaźniki zmiany cen w tych obszarach wyniosły odpowiednio dla żywności - 20,0%, a dla nośników energii 44,3%. Tempo inflacji rośnie, a nie spada. Potwierdzeniem powyższego jest chociażby Szybki szacunek wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w październiku 2022 r. opublikowany przez Główny Urząd Statystyczny 31 października 2022 r., z którego wynika, że inflacja „rok do roku” wzrosła do poziomu 17,9%, natomiast ceny samej żywności

w październiku w stosunku do poprzedniego miesiąca wzrosły aż o 2,7%, natomiast ceny nośników energii o 2%.

Odwołujący stwierdził, że zmiany cen żywności oraz kosztów nośników energii to nie są jedyne czynniki, które zostały wzięte pod uwagę przy kalkulacji ofert (zwiększeniu ich wartości) przez oferentów biorących udział zarówno w poprzednim, jak i obecnym postępowaniu. Kolejnym czynnikiem wpływającym na konieczność zwiększenia ofert, a nie ich zmniejszenia, są koszty pracy. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 15, Zamawiający wyraźnie wskazał, że *nie zwaloryzuje wynagrodzenia od stycznia 2023 (pierwsza waloryzacja po 12 miesiącach trwania umowy), Wykonawca powinien uwzględnić zmianę tego wynagrodzenia w roku 2023 do października /dopiero potem możliwa jest waloryzacja/*. Oznacza to, że każdy z wykonawców zobowiązany był do w kalkulowaniu w cenę zmiany kosztów pracy, która nastąpi w okresie do pierwszej możliwej waloryzacji. Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jeżeli prognozowany na rok następny wskaźnik cen, o którym mowa w art. 2 ust. 2 pkt 3, wynosi co najmniej 105% - ustala się dwa terminy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej: od dnia 1 stycznia i od dnia 1 lipca. Tym samym, w związku z inflacją przekraczającą 5%, w roku 2023 nastąpi dwukrotna zmiana wynagrodzenia minimalnego za pracę. Pierwsza od 1 stycznia 2023 roku, a druga od 1 lipca 2023 roku. Tak więc obie zmiany kosztów pracy będą miały miejsce w okresie przed pierwszą możliwą waloryzacją ceny świadczonych usług, która nastąpi dopiero w listopadzie 2023 roku. Zakładając, że wykonawcy składający oferty w poprzednim postępowaniu, które miało miejsce w grudniu 2021 roku, uwzględnili już w swoich ofertach poziom minimalnego wynagrodzenia w roku 2022, można w prosty sposób wyznaczyć zmianę kosztów pracy w roku 2023, która powinna zostać uwzględniona w obecnie składanej ofercie, gdyż nowe stawki wynagrodzenia minimalnego w roku 2023 są już oficjalnie znane od połowy września 2022 roku. Biorąc pod uwagę jedynie okres od stycznia do października 2023 roku, a więc okres do pierwszej możliwej waloryzacji ceny świadczonych usług, każdy z wykonawców powinien uwzględnić w kalkulacji wzrost kosztów pracy o co najmniej 17,4 % w stosunku do poprzednio założonej oferty. Proste porównanie wysokości ofert złożonych przez wszystkich pozostałych wykonawców (ich wzrost w stosunku do poprzedniego postępowania), uzasadnionych czynnikami powszechnie znanymi, takimi jak: wzrost kosztów żywności, nośników energii czy też wzrostem kosztów pracy spowodowanym przewidzianym przez Zamawiającego mechanizmem waloryzacji ceny wykonania usługi, z ofertą Wykonawcy APENA, niższą niż obecnie obowiązująca cena, kalkulowana niemal rok temu, powinno skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy, jako zawierającej rażąco niską cenę.

Następnie Odwołujący wskazał na procentowy stosunek ceny całkowitej oferty Wykonawcy APENA zarówno do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (2 429 677,52 zł x 8%, co daje kwotę: 2 624 051,72 zł) jak i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, z którego wynika, że najniższa, kolejna cena była aż o 24,11 % wyższa od oferty Wykonawcy APENA, a odchylenie oferty Wykonawcy APENA od średniej wszystkich ofert wyniosło niemal 29%, przy czym średnia ze wszystkich ofert zaniża znacząco nierealna oferta Wykonawcy APENA. Pomijając ofertę tego Wykonawcy w wyznaczeniu średniej, otrzymamy odchylenie rzędu niemal 34% od pozostałych ofert. Odchylenie wysokości ceny oferty Wykonawcy APENA od kwoty wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wynosi aż 29,5%. To kolejny czynnik, który powinien wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, co do realności oferty złożonej przez tego Wykonawcę. Tym bardziej, że sam Zamawiający szacował przewidywaną wartość zamówienia i okazała się ona zbieżna z ofertą obecnego wykonawcy.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. W niektórych sytuacjach dowody mogą okazać się niezbędne, w szczególności, jeżeli (tak jak na gruncie niniejszego postępowania) mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego zasadnicza część musi być zakupiona od innych podmiotów (np. artykuły spożywcze). W takich przypadkach, gdy wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po bardzo niskich cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych warunkach (np. oferty zakupowe, upusty itp.), potwierdzające obiektywną możliwość dokonania takiego zakupu. Tymczasem wyjaśnienia Wykonawcy APENA nie zawierają żadnych informacji odnośnie do kosztów pracy, zużycia energii czy też produktów spożywczych, w żaden sposób nie zostało wyjaśnione, jakiej wysokości koszty składają się na zaoferowaną przez niego cenę.

Ustawodawca w art. 224 ust. 5 Pzp wprowadził odwrócony ciężaru dowodu. Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu, natomiast Zamawiający, przyjmując za wystarczające zbyt lakoniczne wyjaśnienia, narusza art. 224 ust. 5 Pzp.

Powołując się na przytoczone orzecznictwo, Odwołujący wskazał, że rażąco niska cena to taka, która znacząco odbiega od cen rynkowych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Najczęstsze błędy, jakie wytknęła Krajowa Izba Odwoławcza wykonawcom składającym wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 3 Pzp do tej pory to: brak dowodów na potwierdzenie przedstawianej kalkulacji, powoływanie się na wiedzę i doświadczenie, dysponowanie własnym sprzętem lub narzędziami albo dysponowanie potencjałem kadrowym, jako czynnikami wpływającymi na obniżenie ceny, przy jednoczesnym braku wskazania sposobu wpływu tych okoliczności na kalkulację ceny. Odwołujący przedstawił porównanie cen jednostkowych brutto za osobodzień żywienia oraz cen jednostkowych brutto obiadu w złożonych w postępowaniu ofertach i stwierdził, że jedynie oferta Wykonawcy APENA w sposób znaczący odbiega zarówno od ofert pozostałych Wykonawców oraz kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zdaniem Odwołującego ofertę Wykonawcy APENA można także uznać za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że definicja czynu nieuczciwej konkurencji znajduje się w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „u.z.n.k.”) jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Aby więc uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą, działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przepis ten uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji tzw. zaniżanie cen. Przejawem manipulacji cenowej jest więc nie tylko



przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźne odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami uzyskania. W praktyce stosowania Pzp2004 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż najczęściej takie odrzucenia dotyczyły m. in. stosowania przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy więc uznać sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. W wyroku z 4 maja 2015 r. (KIO 825/15) Izba stwierdziła, że ustalenie cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy takie zachowanie wykonawcy, który swoim działaniem (które może w pewnych okolicznościach być uznane za co najmniej niezgodne z zasadami współżycia społecznego lub przepisami prawa) utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku. Jednym z czynów nieuczciwej konkurencji jest także manipulowanie kosztami, by wyeliminować z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców. Taki pogląd wyraża np. KIO w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., KIO 267/13, LEX nr 1292236, wskazując, że: Niedokonywanie kalkulacji podanych cen pod kątem ich realności kosztów, czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia, tylko pod kątem wygrania przetargu, potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który manipuluje cenami. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania. Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie – o naruszeniu interesu innego

przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług.

Do odwołania zostały załączone: kopia oferty na Świadczenie usług gastronomicznych dla Domu Pomocy Społecznej "Polanki" w Gdańsku ul. Polanki 121 w okresie od 20.12.2021 do 31.10.2022 roku) nr sprawy DPS/3/TP/2021 złożonej przez Wykonawcę: Catermed sp. z o. o.; wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych we wrześniu 2022 r.; szybki szacunek wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych w październiku 2022 r.

Wykonawca A.N. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Handel Hurtowy Artykułami Rolno-Spożywczymi „APENA” A.N. (dalej również: „Przystępujący”) spełniając wymogi ustawowe zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia Wykonawca APENA przedstawił dodatkowo wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Wskazał w tym zakresie m.in., że jest doświadczonym wykonawcą, który od wielu już lat z powodzeniem świadczy usługi gastronomiczne dla Domów Pomocy Społecznej na terenie Gdańska. Mając wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług gastronomicznych posiada odpowiednie zaplecze dostawców produktów, pracowników oraz współpracowników gwarantujących wykonanie czynności na odpowiednim poziomie, zaś pełna świadomość rodzaju i wysokości koniecznych do poniesienia kosztów gwarantuje takie skalkulowanie wysokości oferty, która będzie atrakcyjna dla Zamawiającego i jednocześnie gwarantowała mi przychody na odpowiednim poziomie. Okolicznością nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej. Zawsze na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Przystępujący wskazał również, że kalkulacja ceny na potrzeby postępowania w przetargu na rzecz Zamawiającego została sporządzona w oparciu o stawki jakie stosuje także na obecnie realizowanym zamówieniu na rzecz Domu Pomocy Społecznej „OSTOJA” – umowa zawarta i realizowana od lipca 2022 r. oraz

Fundacji Rozwoju Integracji Społecznej AKCES (wykonywanej równocześnie, w jednej kuchni i w ramach tych samych, opisanych kosztów) i uwzględnia koszty wynagrodzenia pracowników, zakupy, media. Jako dowód Przystępujący przedstawił fakturę za usługę dla DPS Ostoja i stwierdził, że z przedstawionego zestawienia z co miesięcznego przychodu otrzymywanego przez Zamawiającego, po pokryciu kosztów związanych z zakupem towaru i produktów koniecznych do realizacji usługi, mediów, wynagrodzeń pracowników i usług podmiotów zewnętrznych osiąga zysk na atrakcyjnym poziomie, stanowiącym ponad 2,5 krotność przeciętnego wynagrodzenia. Nadto w oparciu o stawki w wysokości zaoferowanej także w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego realizuje lub zrealizował w roku 2022, z powodzeniem i dużym zadowoleniem Zamawiających, usługi na rzecz następujących podmiotów: Domu Pomocy Społecznej ORUNIA, Domu Pomocy Społecznej OSTOJA, Fundacji Rozwoju Integracji Społecznej AKCES. Jako dowody Przystępujący załączył referencje, umowy o świadczenie usług gastronomicznych. Nadto 25 kwietnia 2022 r. złożył ofertę w postępowaniu na świadczenie usług gastronomicznych na rzecz Domu Pomocy Społecznej ORUNIA w Gdańsku, w której stawka mojego wynagrodzenia za osobodzień została oszacowana na kwotę 26,00 zł brutto. Oferta ta jako najkorzystniejsza cenowo została wybrana przez Zamawiającego, który na skutek wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 1634/22, odrzucił jego ofertę, jednak przyczyną odrzucenia oferty było błędne ustalenie jadłospisów, co wpłynęło na wysokość otrzymanych punktów z tego tytułu. Dowód: formularz ofertowy z dnia 25.04.2022 r., ZP 01/22. Ponadto Przystępujący wskazał, że posiłki na potrzeby realizacji zawartych już umów oraz usługi na rzecz Domu Pomocy Społecznej „Polanki” są przygotowywane przeze mnie w dzierżawionej kuchni. Możliwość przygotowywania posiłków dla wszystkich odbiorców w jednym miejscu, zlokalizowanym na terenie Gdańska daje możliwość połączenia dostaw produktów i realizacji czynności w ramach ponoszonych już kosztów – zwiększenie przygotowywanych posiłków o dodatkowego odbiorcę nie spowoduje konieczności ponoszenia kosztów na nowo, a jedynie doliczenie ich części do kosztów już ponoszonych. W efekcie dotychczasowe możliwości i organizacja pracy pozwalają Przystępującemu na zoptymalizowanie kosztów prowadzonej działalności i osiągnięcie satysfakcjonującego zysku przy oferowanych Zamawiającym stawkach. Dowód: umowa dzierżawy kuchni. Następnie Przystępujący wskazał, że podstawowym zakresem prowadzonej przeze mnie działalności gospodarczej, od początku jej istnienia, jest przede wszystkim handel hurtowy i dostawa warzyw, owoców oraz innych artykułów spożywczych. Dzięki powyższemu posiada dostęp do produktów niezbędnych do przygotowywania posiłków w szerokim zakresie oraz odpowiednio atrakcyjnych cenach. Dowód: oferta na warzywa; oferta na warzywa obrane. Ponadto, od wielu lat współpracuje stale z dostawcą wędlin i mięsa, który gwarantuje odpowiednią jakość oraz ilość produktów w atrakcyjnych cenach. Dowód: cenniki z dnia 04.11.2022 r. Leszka Podolskiego.

Przystępujący stwierdził, że oferując stawkę wynagrodzenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia na poziomie 25,30 zł brutto za osobodzień jest w stanie w sposób należyty wywiązać się z umownych zobowiązań osiągając odpowiedni zysk z realizowanego kontaktu.

Zdaniem Przystępującego również zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji jest niezasadny, bowiem jak wynika jego zdaniem z przytoczonych powyżej okoliczności, sporządzona kalkulacja ceny jest rzetelna i oparta w całości na posiadanych możliwościach organizacyjnych, dostępie do produktów, kosztów pracy i kosztów świadczenia usługi i w żadnym wypadku nie stanowi manipulacji cenowej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie Zamawiający wskazał m.in., że w jego ocenie ważne jest to, że wezwanie do wyjaśnień ceny oferty Wykonawcy APENA nie było obligatoryjne, ponieważ nie wystąpiło kryterium procentowe. Zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnień po otrzymaniu od Odwołującego pisma zawierającego wątpliwości co do ceny oferty tego Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia zawierały konkretne informacje. Wskazują na to dwa ostatnie akapity na str. 1 wyjaśnień. Istotnym składnikiem cenowym są koszty wynajmu kuchni wraz z wyposażeniem, które zostały podane przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom. Inne koszty, to koszty mediów związanych z tą kuchnią oraz wynagrodzenia pracowników. Koszty mediów ponoszone są przez wykonawców z uwzględnieniem realnego ich zużycia przez danego wykonawcę. Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy APENA za wiarygodne, zaznaczając, że jest z kontakcie z dyrektorami innych Domów Pomocy w Gdańsku tj. DPS Orunia oraz DPS Ostoja, od których pozyskał informacje, że nie mają zastrzeżeń do usług tam świadczonych przez tego Wykonawcę, z uwzględnieniem tego, iż są to posiłki dla osób starszych. Rozmawiał także z ich mieszkańcami. Nadto Zamawiający stwierdził, że Wykonawca Apena na tym etapie postępowania ma szansę na wyjaśnienie ceny. Skoro bowiem Odwołujący złożył odwołanie to Wykonawca APENA miał prawo przedstawić nowe argumenty. Zdaniem Zamawiającego pismo tego Wykonawcy, złożone w postępowaniu odwoławczym, stanowi uzupełnienie, konkretyzację, rozwinięcie wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego do porównania nie powinny być przyjmowane ceny ofert innych wykonawców, lecz ceny przyjęte przez Wykonawcę APENA w postępowaniach prowadzonych przez inne DPS. Zauważa, że cena dla DPS Ostoja i DPS Orunia jest niższa niż ta zaoferowana przez Przystępującego w obecnym postępowaniu. Wykonawcy mogą w różny sposób podchodzić do elementu ryzyka związanego ze wzrostem cen i w różny sposób uwzględniać ewentualne zmniejszenie zysku.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych w postępowaniu pism.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia, którego oferta sklasyfikowana została jako druga w rankingu i ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W razie uwzględnienia odwołania, oferta Wykonawcy APENA będzie podlegać odrzuceniu, a po jej odrzuceniu, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z Pzp ocena oferty Wykonawcy APENA i w rezultacie wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

**Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Pismem z 19 października 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Apena do wyjaśnień ceny jego oferty, wskazując:

*” W związku z prowadzonym powyższym postępowaniem, mając na uwadze art. 224 ust.1 ustawy Pzp, prosimy o dostarczenie wyjaśnień odnośnie wyliczenia ceny w złożonej przez Państwa ofercie (dotyczących m.in. kosztów pracy, zużycia energii, produktów spożywczych itp.). Jednocześnie prosimy o przesłanie dokumentu potwierdzającego kwalifikację dietetyka. Wyjaśnienia proszę dostarczyć do 24 października 2022 roku (...).”*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca Apena podał:

*„W moim przekonaniu już analiza dokumentacji przetargowej i treści złożonych w toku postępowania ofert przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia pozwala jednoznacznie wykluczyć możliwość naruszenia w toku tego postępowania jakichkolwiek przepisów prawa.*

*Odnosząc się do ewentualnego zarzutu rażąco niskiej ceny chciałabym podkreślić, że złożona przeze mnie oferta nie odbiega w istotny sposób od minimalnych kosztów świadczenia usługi wskazanych w SWZ. Różnica pomiędzy ofertą złożoną przeze mnie a ofertą pozostałych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w mojej ocenie wynika z istotnego przeszacowania kosztów realizacji przedmiotu umowy lub prowadzenia przez te podmioty działalności w sposób generujący koszty znacznie wyższe od kosztów mojego przedsiębiorstwa.*

*Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2 623 927,45 zł brutto.*

*Złożona przeze mnie oferta opiewa na kwotę 1 850 350, 40 zł. Zgodnie z art. 28 ustawy prawo zamówień publicznych podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.*

*Zgodnie z 224 ustawy prawo zamówień publicznych, który może stanowić wskazówkę w zakresie ustalenia rażąco niskiej ceny oferenta, zamawiający jest uprawniony do żądania od uczestnika złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Dodatkowo należy podkreślić, że Zawiadamiający nie uwzględni w żadnej mierze, że na zaoferowaną przeze mnie cenę wpływ mają czynniki wynikające z głównego zakresu prowadzonej przeze mnie działalności gospodarczej jaką jest sprzedaż artykułów spożywczych – w szczególności zaś handel hurtowy warzywami i owocami. W ramach tej działalności we własnym zakresie organizuję m. in. obieranie i odpowiednie pakowanie produktów.*

*Dodatkowo zaznaczam, że mój mąż A.N., z którym pozostajemy w małżeńskiej wspólności majątkowej posiada gospodarstwo rolne w ramach którego zajmuje się między innymi uprawą warzyw i owoców .*

*Dzięki temu już – dostęp do tańszych produktów i odpowiednie zaplecze organizacyjne w tym zakresie, a także korzystanie z własnych, zebranych z gospodarstwa rolnego zbiorów,*

*których koszt ograniczony jest de facto do pracy własnej, jestem w stanie zaoferować niższe koszty świadczenia usługi w zakresie dostawy niektórych warzyw i owoców przy jednoczesnym zachowaniu pełnej opłacalności prowadzonej działalności.*

*Ponadto posiadam wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług gastronomicznych na rzecz innych Domów Pomocy Społecznej w Gdańsku, dzięki czemu znam dokładnie realia prowadzenia tego typu działalności i koszty z tym związane – w zakresie dzierżawy i obsługi kuchni oraz kosztów jej utrzymania.*

*Dzięki w/w doświadczeniom posiadam także stały od wielu lat zespół osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikację do wykonywania przedmiotu umowy, co pozwala mi skalkulować koszty zatrudnienia w dłuższej perspektywie czasu nie ponosząc ryzyka nie przewidzianych (poza przypadkami losowymi) odejść z pracy.*

*Ze względu na posiadaną przeze mnie wiedzę na temat realiów prowadzenia usług gastronomicznych w domach pomocy społecznej byłam w stanie skalkulować ofertę gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy gwarantującą jakość posiłków na odpowiednim poziomie, umożliwiającą prawidłowe wykonanie wszelkich oczekiwań Zamawiającego stawianych w warunkach przetargu.*

*W moim przypadku zaoferowane wynagrodzenie nie tylko pozwala w sposób prawidłowy wykonać wynikające z umowy obowiązki ale również osiągnąć zysk ze świadczonej usługi na zadowalającym poziomie.*

*Mając powyższe na uwadze, wyrażam nadzieję, że zawarte w niniejszym piśmie stanowisko okaże się wystarczające dla definitywnego wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego i wyboru mojej oferty jako prawidłowej i najkorzystniejszej w toku niniejszego postępowania.*

*Niezależnie od powyższego przesyłam w załączeniu dokument potwierdzający kwalifikacje dietetyka.”*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

Z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. W

razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości, zamawiający występuje do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. W myśl bowiem przepisu art. 224 ust. 1 Pzp *Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

Przepis ten nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, wskazuje natomiast na to, że w sytuacji, gdy takie powzięcie, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert m.in. w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 Pzp. W związku z tym wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane i w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia na straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakich oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w szczególności w kontekście treści wezwania do ich złożenia oraz opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.



Jak wynika z powyższych ustaleń, w analizowanym postępowaniu Zamawiający zażądał, aby Wykonawca APENA przedstawił wyjaśnienia obejmujące wyliczenia ceny w złożonej ofercie, dotyczące m.in. kosztów pracy, zużycia energii, produktów spożywczych. Obowiązkiem tego Wykonawcy było zastosowanie się do oczekiwań Zamawiającego i przedstawienie pełnych, rzeczowych i wiarygodnych wyjaśnień, pozwalających na uznanie, że zostało obalone domniemanie istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny.

Treść wyjaśnień złożonych przez Przystępującego wskazuje natomiast, na brak zastosowania się do wezwania Zamawiającego. Wykonawca APENA nie przedstawił żądanego przez Zamawiającego wyliczenia ceny w żadnym wymaganym zakresie. Złożył jedynie pismo zawierające niepoparte dowodami ogólnikowe twierdzenia.

Zauważenia wymaga, że Przystępujący nie przedstawił żadnych konkretnych informacji jakie koszty pracy uwzględnił w kalkulacji ceny oferty. W tym zakresie wskazał jedynie, że posiada stały od wielu lat zespół osób posiadających odpowiednią wiedzę i kwalifikację do wykonywania przedmiotu umowy, co pozwala mu skalkulować koszty zatrudnienia w dłuższej perspektywie czasu nie ponosząc ryzyka nieprzewidzianych (poza przypadkami losowymi) odejść z pracy. Nie podał jednak liczby pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, która jak przyznał na rozprawie Zamawiający, nie została przez niego określona, a nie jest sporne, że praca miałaby być świadczona dla 100 mieszkańców w godzinach od 8:00 do 20:00. Nie podał również wymiaru zatrudnienia i wynagrodzenia pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie jest zatem wiadomo jakie koszty pracy zostały skalkulowane w ofercie i na ile są one realistyczne i zgodne z przepisami prawa.

Przystępujący nie podał również informacji odnośnie do przyjętych do kalkulacji ceny oferty kosztów zużycia energii. Nie jest natomiast sporne, że usługi objęte zamówieniem mają być świadczone w wydzierżawionej wraz z wyposażeniem od Zamawiającego kuchni i koszty zużycia energii winny być uwzględnione w kalkulacji ceny oferty, bowiem mają być ponoszone przez Wykonawcę według faktycznego zużycia. Wykonawca APENA wskazał jedynie ogólnikowo na posiadane wieloletnie doświadczenie w świadczeniu usług gastronomicznych na rzecz innych Domów Pomocy Społecznej w Gdańsku, co pozwala mu poznać realia prowadzenia tego typu działalności i koszty z tym związane w zakresie dzierżawy i obsługi kuchni oraz kosztów jej utrzymania. Nie jest to zatem wyliczenie ceny, a jedynie niewiele mówiąca informacja, nadto nie wynika z niej, w jakim stopniu wskazana wiedza, przekłada się na cenę oferty w analizowanym postępowaniu.

Wykonawca Apena nie podał także kosztów produktów spożywczych. W tym zakresie wskazał jedynie, że na zaoferowaną cenę mają wpływ czynniki wynikające z głównego

zakresu prowadzonej przez niego działalności gospodarczej jaką jest sprzedaż artykułów spożywczych – w szczególności zaś handel hurtowy warzywami i owocami, oraz że w ramach tej działalności we własnym zakresie organizuje m. in. obieranie i odpowiednie pakowanie produktów. Nadto zostało wskazane, że mąż posiada gospodarstwo rolne, w ramach którego zajmuje się między innymi uprawą warzyw i owoców i dzięki temu, że Wykonawca APENA ma dostęp do tańszych produktów i odpowiednie zaplecze organizacyjne, a także korzysta z własnych, zebranych z gospodarstwa rolnego zbiorów, których koszt ograniczony jest do pracy własnej, jest w stanie zaoferować niższe koszty świadczenia usługi w zakresie dostawy niektórych warzyw i owoców, przy jednoczesnym zachowaniu pełnej opłacalności prowadzonej działalności.

Jak natomiast stwierdził na rozprawie Zamawiający, uznał on ten fragment wyjaśnień za konkretny i – jak należy sądzić - wystarczający do pozytywnej oceny wyjaśnień. Trudno zgodzić się z taką oceną. Przystępujący nie przedstawił bowiem jak powyższe (nieudowodnione) okoliczności przekładają się na cenę oferty, tj. o ile w ten sposób mógł obniżyć cenę oferty. Nie jest wiadomo jaki wpływ na kalkulację ceny oferty miało np. podane w wyjaśnieniach organizowane w ramach działalności we własnym zakresie obieranie i odpowiednie pakowanie produktów, czy też jakich produktów miałyby dotyczyć zaopatrzenie z gospodarstwa prowadzonego przez męża Wykonawcy APENA i w jaki sposób wpływało na cenę oferty.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Odwołującego, że Przystępujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że za zaoferowaną w ofercie cenę jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że Wykonawca APENA jako profesjonalista, powinien wykazać w wyjaśnieniach realność ceny swojej oferty, w tym, że jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w dokumentach zamówienia bez przerzucania kosztów jego wykonania na inne zlecenia. Analiza pod względem realności zaoferowanej ceny odnosi się bowiem do danego zamówienia.

Oznacza to, że wyjaśnienia nie powinny być ocenione przez Zamawiającego jako odpowiadające postawionym przez niego w wezwaniu do wyjaśnień wymogom. Skoro bowiem Zamawiający wystosował wezwanie do wyjaśnień i określił swoje wymagania co do ich treści, tym samym wskazując w jakim aspekcie kalkulacji ceny w szczególności powziął wątpliwości, to dokonując oceny wyjaśnień, nie powinien pomijać własnych żądań przedstawionych w wezwaniu, lecz powinien analizować wyjaśnienia z ich uwzględnieniem. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp: *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym*

*terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Tymczasem Zamawiający uznał wyjaśnienia Wykonawcy APENA za wystarczające do obalenia domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, mimo, iż nie uwzględniają one jego wyraźnie wyartykułowanych oczekiwań co do wyliczenia ceny oferty. Nadto są lakoniczne, nie przedstawiają żadnych wyliczeń ceny oferty ani nie przedstawiają w sposób wiarygodny okoliczności, które zdaniem Wykonawcy APENA wpłynęły na zaoferowaną cenę oferty, nie zawierają bowiem wykazania tego wpływu. W miejsce żądanych wyliczeń, wskazują natomiast na próbę podważenia celowości wystąpienia o takie wyjaśnienia, akcentując to, iż cena jego oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, a pomijając przepis art. 224 ust. 1 Pzp, na podstawie którego wezwanie zostało wystosowane.

W związku z tym należy uznać, że Przystępujący nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Od profesjonalisty, wymaga się podwyższonego miernika staranności. W sytuacji, gdy wykonawca nie składa wyjaśnień, przy czym za niezłożenie wyjaśnień uznaje się także złożenie wyjaśnień lakonicznych, nieodpowiadających wezwaniu lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, musi się liczyć z odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego. Jakkolwiek zgodzić się należy, że różnice w cenach poszczególnych ofert mogą być wynikiem różnych czynników indywidualnie związanych z danym podmiotem np. warunków organizacyjnych, ekonomicznych, czy finansowych w jakich działa, kosztów związanych z zatrudnieniem osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, to jednak wobec faktu, iż Przystępujący zaoferował w analizowanym postępowaniu zdecydowanie niższe stawki, których rzetelności nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, nie można przyjąć, że są one rynkowe.

W związku z brakiem zastosowania się do oczekiwań Zamawiającego przedstawionych w wezwaniu do wyjaśnień ceny oraz wobec braku wykazania realności zaoferowanej ceny, oferta złożona przez Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Takiej oceny nie mogą zmienić argumenty, wyliczenia i dowody złożone w przez Przystępującego w piśmie z 6 listopada 2022 r., zawierającym jego zgłoszenie do postępowania odwoławczego. Jak wyżej zaznaczono, Izba, rozpatrując odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy Zamawiający wzywał wykonawcę, który ją złożył do wyjaśnień ceny, analizuje czynność Zamawiającego polegającą na ocenie otrzymanych wyjaśnień ceny w szczególności w kontekście treści

wezwania do ich złożenia. Wyjaśnienia złożone dopiero na etapie postępowania odwoławczego, należy uznać za spóźnione.

Jedynie zatem na marginesie zauważenia wymaga, że także ww. pismo nie zawiera oczekiwanych przez Zamawiającego wyliczeń ceny oferty złożonej w analizowanym postępowaniu, np. co do wykazania realności kosztów pracy. Brak jest w nim np. wskazania liczby i wymiaru czasu pracy pracowników przewidzianych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Nadto nie jest sporne, że istotnym składnikiem cenowym są również koszty wynajmu od Zamawiającego kuchni wraz z wyposażeniem, które zostały podane przez Zamawiającego wszystkim Wykonawcom, jak też koszty mediów związanych z tą kuchnią. Tymczasem jak wskazał Przystępujący w ww. piśmie z 6 listopada 2022 r.: *„Kalkulacja ceny na potrzeby postępowania w przetargu na rzecz Zamawiającego została przeze mnie sporządzona w oparciu o stawki jakie stosuję także na obecnie realizowanym zamówieniu na rzecz Domu Pomocy Społecznej „OSTOJA” – umowa zawarta i realizowana od lipca 2022 r. oraz Fundacji Rozwoju Integracji Społecznej AKCES (wykonywanej równocześnie w jednej kuchni i w ramach tych samych, opisanych poniżej kosztów) (...)*. Wynika z tego zatem, że Przystępujący w swojej kalkulacji przyjął stawki jakie stosuje przy wykorzystaniu innej kuchni na potrzeby dwóch innych zleceń, a nie stawki indywidualnie skalkulowane z uwzględnieniem wymogów przedmiotowego zamówienia.

W związku z tym za potwierdzony należało uznać podstawowy zarzut odwołania. W konsekwencji zarzut postawiony jako ewentualny nie podlegał rozpatrzeniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w

sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....