

Sygn. akt: KIO 3506/22

WYROK
z dnia 11 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 grudnia 2022 roku** przez wykonawcę **P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. S. z siedzibą w Małomicach** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu**

przy udziale wykonawcy **J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „J. N. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe” z siedzibą w Świątoszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach od 1 do 7 zamówienia, powtórzenie w tych częściach czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – Gminę Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu**, w następujący sposób:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - P. S.**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. S. z siedzibą w Małomicach tytułem wpisu od odwołania,

b. nakazuje zwrócić Odwołującemu - **P. S. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. S. z siedzibą w Małomicach** kwotę **7 500 zł 00** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) wpłaconą tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania;

c. zasądza od **Zamawiającego – Gminy Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu na rzecz Odwołującego - P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. S. z siedzibą w Małomicach** kwotę **11 455 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy czterystu pięćdziesięciu pięciu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, w tym opłaty skarbowej od złożonego pełnomocnictwa i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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

Zamawiający – Gmina Bolesławiec z siedzibą w Bolesławcu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), którego przedmiotem jest „Świadczenie usług cateringowych w zakresie przygotowania i dostawy całodziennego wyżywienia dla dzieci z miejskich przedszkoli publicznych w Bolesławcu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00468525/01.

Dnia 28 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa P. S. z siedzibą w Małomicach, dalej jako „Odwołujący”. Odwołanie wniesiono w zakresie części 1-7 od czynności i zaniechań czynności, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzucał niezgodność z przepisami ustawy Pzp, to zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PPHU J. N. [dalej: „PPHU”], podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – w zakresie części 1-7.

Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PPHU, podczas gdy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca złożył wyjaśnienia, które nie wykazały, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – w zakresie części 1-7.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert – w zakresie części 1-7;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty wykonawcy PPHU – w zakresie części 1-7.

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku części 1, 3, 4 oraz 7 gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy PPHU, to oferta Odwołującego byłaby ofertą z najniższą ceną ex aequo z innym wykonawcą (P.H.U.AGMA

Agnieszka Mancewicz). W takiej sytuacji Odwołujący dalej ma wysoką szansę uzyskać zamówienie oferując dodatkową ofertę, zgodnie z art. 249 ustawy Pzp i ostatecznie uzyskując zamówienie.

W przypadku części 2, 5 oraz 6, gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy PPHU, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyżej ocenioną i tym samym miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 23 grudnia 2022 r. (pismo jest datowane na dzień 22 grudnia 2022 r., natomiast zostało przesłane Odwołującemu, jak również zamieszczone stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23 grudnia 2022 r.). Termin 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania przypadł w dniu 28 grudnia 2022 r. i został zachowany. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP, a Odwołujący prawidłowo przekazał Zamawiającemu kopię odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że zgodnie z rozdziałem 12 ust. 4 specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) Zamawiający wymagał podania przez wykonawców ceny według następujących zasad:

- 1) Cena brutto za I śniadanie (w tym cena brutto „wsadu do kotła”),
- 2) Cena brutto za II śniadanie (w tym cena brutto „wsadu do kotła”),
- 3) Cena brutto za obiad (w tym cena brutto „wsadu do kotła”),
- 4) Całkowita stawka dzienna brutto za posiłki/cena ofertowa podlegająca ocenie, zgodnie z kryteriami oceny ofert (kolumna 2 + 3+4) (w tym stawka brutto „wsadu do kotła”),
- 5) Wartość VAT w całkowitej stawce dziennej za posiłki/cenie ofertowej.

Ponadto, w rozdziale 12 ust. 3 SWZ Zamawiający wskazał:

„Koszt zakupu surowców tzw. wsad do kotła (opłata za I śniadanie, II śniadanie i obiad) nie może być niższy od wartości ustalonej na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1082) – tj. 12 zł brutto na jedno dziecko dziennie. Wykonawca powinien określić w ofercie wysokość wsadu do kotła, jaką przyjął do wyceny. Koszt wsadu do kotła, to koszt produktów użytych do przygotowania posiłku. Z kwoty wsadu do kotła wykonawca nie będzie mógł pokrywać innych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Koszt przygotowania i dowozu posiłków powinien uwzględniać, w szczególności: koszty przygotowania posiłków w kuchni wykonawcy, koszty pracowników, koszty transportu, koszty środków czystości, koszty najmu lokalu od zamawiającego, koszty dezynsekcji, itp. itd.”

W postępowaniu ofertę złożył między innymi wykonawca PPHU. Wykonawca ten złożył ofertę na wszystkie części zamówienia (części 1-7). W każdej z części zaoferował dokładnie tę samą cenę:

- 1) Cena brutto za I śniadanie – 4,50 zł (w tym cena brutto „wsadu do kotła” – 4,00 zł);
- 2) Cena brutto za II śniadanie – 3,50 zł (w tym cena brutto „wsadu do kotła” – 3,00 zł);
- 3) Cena brutto za obiad – 6,50 zł (w tym cena brutto „wsadu do kotła” – 5,00 zł);
- 4) Całkowita stawka dzienna brutto za posiłki/cena ofertowa podlegająca ocenie, zgodnie z kryteriami oceny ofert (kolumna 2 + 3+4) – 14,50 zł (w tym stawka brutto „wsadu do kotła” – 12 zł);
- 5) Wartość VAT w całkowitej stawce dziennej za posiłki/cenie ofertowej – 1,07 zł.

Dnia 12 grudnia 2022 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, w którym podniósł, że cena zaoferowana przez wykonawcę PPHU jest nierealistycznie niska, wskazał rodzaj i wysokość kosztów, jakie należy uwzględnić przy kalkulowaniu zaoferowanej ceny oraz zawniósł o rozważenie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy PPHU do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

W dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy PPHU na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w zakresie części 1-7. W treści wezwania Zamawiający między innymi:

- 1) kilkakrotnie wskazał, że oczekuje również złożenia dowodów;
- 2) podkreślił, że wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego oraz że oczekuje wskazania konkretnych, dających się zweryfikować czynników, a także zacytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące konieczności złożenia konkretnych wyjaśnień;
- 3) wskazał, że otrzymał wcześniej od Odwołującego pismo dotyczące cen zaoferowanych przez wykonawcę PPHU oraz załączył pismo Odwołującego do treści wezwania.

Wykonawca PPHU udzielił odpowiedzi pismem z dnia 15 grudnia 2022 r.

- 1) W części opisowej odpowiedzi wykonawca PPHU ograniczył się do zapewnienia, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę. Ponadto skupił się na wskazaniu, że pismo Odwołującego nie ma żadnych podstaw. Podkreślił również, że realizuje inne zamówienia o tożsamym przedmiocie.
- 2) Dołączona została również uproszczona kalkulacja.
- 3) Wykonawca PPHU dołączył również szereg innych dokumentów, tj. referencji dotyczących realizacji innych przedsięwzięć, zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat oraz zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń

społecznych potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Dniu 23 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty wykonawcy PPHU jako najkorzystniejszej w zakresie części 1-7.

Odwołujący wyraził pogląd, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy PPHU zawierają uchybienia, których wystąpienie musi prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy:

- 1) Wyjaśnienia mają ogólny charakter.
- 2) Brak dołączenia dowodów.
- 3) Błędy i braki w uproszczonej kalkulacji.

Ogólny charakter wyjaśnień

Wyjaśnienia wykonawcy PPHU mają bardzo ogólny charakter. Wyjaśnienia tego wykonawcy można podzielić na dwie części. Pierwsza to tak zwana w orzecznictwie KIO „beletrystka wyjaśnieniowa” składająca się z samym ogólnych stanowisk, pozbawionych jakiegokolwiek rzeczywistego znaczenia, która nie zawiera również żadnych możliwych do uchwycenia wartości ekonomicznych. Druga część to lakoniczna namiastka kalkulacji ceny oferty.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia muszą być konkretne oraz możliwe do weryfikacji (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 178/15; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt KIO 1856/20). Zdaniem Odwołującego można stwierdzić, że żaden element wyjaśnień wykonawcy PPHU nie wnosi żadnej konkretnej informacji w zakresie przyczyn, dla których wykonawca mógł zaoferować konkretną cenę.

Brak dowodów

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, do wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy dołączyć odpowiednie dowody. Sama kalkulacja kosztów nie jest wystarczającym dowodem (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1197/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 839/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2449/19).

Ponadto w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej Zamawiający kilkakrotnie wskazał, że wyjaśnienia powinny zawierać odpowiednie dowody.

Minimalnymi dowodami, jakie należało przedstawić były:

- 1) Zanonimizowane umowy o pracę z pracownikami lub zanonimizowane listy płac – na okoliczność ustalenia wysokości wynagrodzenia, jakie wykonawca wypłaca pracownikom.

2) Oferty lub faktury zakupowe od dostawców w zakresie artykułów spożywczych – na okoliczność ustalenia wysokości kosztów zakupu artykułów spożywczych.

3) Rachunki za gaz, energię elektryczną i inne media – na okoliczność ustalenia kosztów gazu, energii elektrycznej i innych mediów ponoszonych przez wykonawcę.

4) Faktury dotyczące zakupu paliwa – na okoliczność ustalenia kosztów paliwa, jakie wykonawca ponosi realizując zamówienie.

Dopiero przedstawienie powyższych dowodów pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca PPHU jest faktycznie w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Obowiązkiem wykonawcy PPHU było więc, oprócz przedstawienia kalkulacji, załączenie stosownych dowodów. Wykonawca temu obowiązkowi nie podołał.

Za dowód nie mogą zostać uznane przedstawione przez wykonawcę PPHU zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat oraz zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Dokumenty te związane są z podstawami wykluczenia. Okoliczność, że wykonawca nie zalega z opłaceniem podatków i opłat oraz składek nie ma żadnego przełożenia na cenę, którą zaoferował w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Również bez znaczenia dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostają załączone przez wykonawcę PPHU referencje dotyczące zrealizowania wcześniejszych zamówień. Z tych dokumentów wynika jedynie, że wykonawca należycie wykonał wcześniejsze zamówienia, co jednak związane jest ze sferą warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sferą wyjaśnień zaoferowanej ceny. To, że wykonawca zrealizował wcześniej w sposób należyty inne zamówienie (zamówienia) nie potwierdza, że będzie w stanie zrealizować to zamówienie za zaoferowaną cenę. Każde zamówienie ma inny zakres prac, a wykonawca PPHU nie podjął nawet próby wyjaśnienia, w jaki dokładnie sposób realizacja wcześniejszych zamówień ma chociażby uprawdopodobnić realność poszczególnych składników cenotwórczych w ramach niniejszego zamówienia.

Błędy i braki w uproszczonej kalkulacji

Jedynym elementem wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy PPHU, który może zostać poddany jakiegokolwiek merytorycznej weryfikacji, jest uproszczona. Kalkulacja ta zawiera jednak w ocenie Odwołującego szereg błędów, które potwierdzają, że wykonawca PPHU nie jest w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Błąd w zakresie ilości dzieci w przedszkolach i żłobkach

Przede wszystkim wykonawca PPHU przyjął błędne założenie w zakresie ilości dzieci w przedszkolach i żłobkach. Wykonawca wskazał, że jego zdaniem zgodnie z opisem

przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ dzieci w przedszkolach będzie 697 oraz 55 dzieci w żłóbkach. Te założenia stanowiły podstawę do dalszych obliczeń. Wykonawca PPHU pomnożył liczbę dzieci przez kwotę 2,50 zł (zaoferowane przez niego wynagrodzenie za jeden dzień pomniejszone o tzw. „wsad do kotła”) oraz 20 dni (średnia liczba dni roboczych w miesiącu).

Powyższe założenia są jednak całkowicie błędne.

W załączniku A do SWZ znajduje się opis przedmiotu zamówienia. W punkcie 2.2. oraz 2.3. tego dokumentu Zamawiający wskazał:

„2.2 Przygotowywanie posiłków i dostarczenie ich do siedziby zamawiającego w każdym dniu roboczym dla następującej liczby dzieci w wieku od 3 do 6 lat:

- 1) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 1 - około 109 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu, a także dla około 2 dzieci korzystających tylko z I i II śniadania.*
- 2) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 2 - około 91 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu*
- 3) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 3 - około 91 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu*
- 4) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 4 - około 92 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu*
- 5) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 5 - około 54 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu oraz dla 24 dzieci w 2 oddziałach żłóbkowych w wieku od 5 miesięcy do 3 lat.*
- 6) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 6 - około 70 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu*
- 7) Miejskie Przedszkole Publiczne nr 7 - około 99 dzieci, korzystających z I i II śniadania oraz obiadu, a także dla około 3 dzieci korzystających tylko z I i II śniadania.*

2.3. Dzienna ilość posiłków będzie się zmieniać w zależności od frekwencji dzieci. Wyżej wymieniona liczba dzieci uwzględnia 30% absencję. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zmniejszenie lub zwiększenie ilości posiłków”.

Oznacza to, że łączna liczba dzieci w przedszkolach wynosi 611 (a nie 697, jak przyjął wykonawca PPHU), a liczba dzieci w żłóbkach 24 (a nie 55 jak przyjął wykonawca PPHU). Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił, dlaczego przyjął wyższe wartości, zamiast wartości, które zostały wskazane przez Zamawiającego.

Oznacza to, że prawidłowe obliczenia powinny wyglądać następująco:

$611 * 2,50 \text{ zł} * 20 \text{ dni} = 30\ 550 \text{ zł}$

$24 * 2,50 \text{ zł} * 20 \text{ dni} = 1\ 200 \text{ zł}$

$30\ 550 \text{ zł} + 1\ 200 \text{ zł} = 31\ 750 \text{ zł}$ brutto

$31\ 750 \text{ zł}$ brutto : 1,08 (stawka podatku VAT) = 29 398,15 zł netto

Jest to kwota niższa niż koszty, jakie wykonawca PPHU wskazuje, że będzie musiał ponieść w związku z realizacją zamówienia. Wykonawca PPHU wskazuje bowiem, że miesięczny koszt wynosi 32 000 zł netto. Uwzględniając prawidłową wysokość przychodów, to jest kwotę 29 398,15 zł netto, okazuje się, że koszty przewyższą przychody i wykonawca zamiast dochodu wygeneruje stratę.

Brak elementów składających się na „wsad do kotła”

Wykonawca PPHU w złożonej kalkulacji uwzględnił wyłącznie część ceny, którą zaoferował, to znaczy kwotę 2,50 zł brutto (stanowiącą różnicę pomiędzy zaoferowaną ceną a kosztem tzw. „wsadu do kotła”). Wykonawca PPHU w żaden sposób nie wyjaśnił jednak jak kalkuluje koszt tzw. „wsadu do kotła”, czyli 12 zł brutto.

W treści SWZ Zamawiający określił jedynie, że cena tzw. „wsadu do kotła” nie może być niższa niż 12 zł brutto. Zamawiający nie narzucił natomiast wykonawcom, że cena tzw. „wsadu do kotła” ma wynosić dokładnie 12 zł brutto. Wykonawcy mogli w tym zakresie przyjąć cenę wyższą, jeżeli faktycznie ponoszone przez nich koszty związane z zakupem tzw. „wsadu do kotła” są wyższe.

Skoro więc wykonawca PPHU przyjął minimalną dopuszczalną cenę „wsadu do kotła” w wysokości 12 zł brutto, to w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny powinien wykazać, że faktycznie będzie w stanie zakupić produktu do „wsadu do kotła” w tej cenie. Tymczasem wykonawca PPHU nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu, a w złożonej kalkulacji skupił się wyłącznie na wyjaśnieniu ceny stanowiącej różnicę pomiędzy zaoferowaną ceną a ceną „wsadu do kotła”, czyli kwoty 2,50 zł.

Brak uwzględnienia kosztów związanych z zabezpieczeniem społecznych pracowników

W złożonej kalkulacji wykonawca PPHU podał, że wynagrodzenie pracownika wynosi 4 500 zł brutto. Taką też kwotę przyjął do obliczenia kosztów, jakie będzie musiał ponieść. Niezależnie od wynagrodzenia brutto wykonawca musi również wziąć pod uwagę koszty wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Stanowi o tym art. 224 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 3 pkt 6 ustawy Pzp. Oznacza to, że wykonawca jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika.

W aktualnym stanie prawnym, poza kwotą wynagrodzenia brutto, pracodawca ponosi dodatkowo następujące koszty:

- 1) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 423, ze zm.):

- a) Art. 16 ust. 1. Składki na ubezpieczenia emerytalne pracowników – finansują z własnych środków, w równych częściach, ubezpieczeni i płatnicy składek (zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 składka na ubezpieczenie emerytalne wynosi 19,52% podstawy wymiaru);
 - b) Art. 16 ust. 1b. Składki na ubezpieczenia rentowe osób, o których mowa w ust. 1 (pracowników), finansują z własnych środków, w wysokości 1,5% podstawy wymiaru ubezpieczeni i w wysokości 6,5% podstawy wymiaru płatnicy składek;
 - c) Art. 16 ust. 3. Składki na ubezpieczenie wypadkowe osób wymienionych w ust. 1 pkt 1 [pracownicy] i finansują w całości, z własnych środków, płatnicy składek.
- 2) Koszty wynikające ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1100):
- a) składka na Fundusz Pracy wynosi 2,0% podstawy wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe, natomiast składka na Fundusz Solidarnościowy to 0,45% tej podstawy. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).
- 3) Koszty wynikające z ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r., poz. 7):
- a) Stopa procentowa składki na FGŚP wynosi 0,10% kwoty od której obliczane są składki na ubezpieczenia emerytalne i rentowe. Składka jest finansowana i opłacana przez płatnika składek (pracodawcę).

Łączny dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika (poza kwotą wynagrodzenia brutto) wynosi więc 20,48% wysokości wynagrodzenia.

Obowiązek doliczenia do kosztów wynagrodzenia również kosztów pracodawcy znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 150/20; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2635/19). Oznacza to, że jeżeli wykonawca PPHU zatrudnia pracowników za wynagrodzenie brutto 4 500 zł, to w kalkulacji powinien przyjąć kwotę 5 421,60 zł. Tyle bowiem wynosi całkowity koszt pracodawcy zatrudniającego pracownika za wynagrodzeniem brutto 4 500 zł. Dopiero kwota 5 421,60 zł zawiera koszt zabezpieczenia społecznego pracownika. Tym samym łączny miesięczny koszt pracowników wykonujących pracę w kuchni wynosi 21 686,40 zł (a nie 18 000 zł, jak przyjął wykonawca PPHU). Z kolei łączny miesięczny koszt pracowników na stanowisku kierowca-dostawca wynosi 8 132,40 zł (a nie 6 750 zł, jak przyjął wykonawca PPHU).

Błędne założenie w zakresie wygrania wszystkich części zamówienia

Odwołujący podkreślił, że wykonawca PPHU został wezwany do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie wszystkich części zamówienia (części 1-7). Tymczasem w kalkulacji wykonawca przedstawił wyjaśnienia zbiorcze dla wszystkich części. Przedstawione przez tego wykonawcę wyliczenia (abstrahując od ich błędów i braków wskazanych w odwołaniu)

nie uwzględniają sytuacji, w której wykonawca nie uzyska wszystkich części zamówienia, lecz jedynie kilka z nich lub jedną. Wykonawca PPHU składając ofertę nie mógł mieć pewności, że na pewno uzyska wszystkie zamówienia. Mogło się bowiem zdarzyć, że konkurencyjny wykonawca złożył ofertę na niektóre części zamówienia. W takiej sytuacji przychody, jakie wykonawca PPHU kalkuluje, ulegną odpowiedniemu proporcjonalnemu obniżeniu. Natomiast koszty pozostaną w zasadzie na niezmiennym poziomie. Większość kosztów jest bowiem kosztami stałymi, które wykonawca będzie musiał ponosić niezależnie od tego, czy uzyska wszystkie siedem części zamówienia, czy tylko jedną z nich.

Wykonawca PPHU powinien przedstawić odrębną kalkulację dla każdej części zamówienia, z której powinno wynikać, że realizacja każdej części z osobna jest wykonawcy opłacalna ekonomicznie. Tymczasem wykonawca przedstawił kalkulację zbiorczą dla wszystkich części, która dowodzi, że zamówienie jest opłacalne tylko przy założeniu uzyskania wszystkich części zamówienia. Przy uzyskaniu tylko części z nich przychody ulegają zmniejszeniu, natomiast koszty pozostają na niezmiennym poziomie, co spowoduje, że wykonawca zamiast dochodu wygeneruje stratę.

Niedoszacowania wielu pozycji

Zdaniem Odwołującego wiele pozycji z kalkulacji wykonawcy PPHU zostało zaniżonych. Dotyczy to przede wszystkim ilości pracowników (etatów), których należy delegować do wykonania zamówienia.

Odwołujący na podstawie rzeczywistych danych wynikających z przygotowywania żywienia dla Przedszkola nr 2, 4, 5 i 6 w Bolesławcu jest w stanie przedstawić następującą kalkulację:

Przygotowanie śniadania I i II

Od godz.4.00 – 6.15 wykonywanych jest w tych godzinach 300 zestawów dla Bolesławca i 230 dla innych zamówień - łącznie 530. Pracę tę wykonuje 6 osób, łączna praca 13,5 godz./ dla 100 dzieci potrzeba dziennie 2,55 godz.

Rodzaj pracy przy wykonywaniu śniadań: Smarowanie kanapek 1,5 kromki na osobę/Pakowanie wędlin, warzyw niezbędnych do obłożenia kanapek/Przygotowanie napoju do I śniadania (herbata, kakao itp.)

Przygotowania II śniadania – kanapki sposób wykonania jak wyżej + napój lub jogurty owocowe, miksy owocowe własnego wyrobu, ciasto własnego wyrobu, budynie, kasze itp; prace porządkowe po etapie produkcyjnym

Transport i dostawa

6.15 do 6.30 – pracę wykonuje kierowca – pakowanie, wyjazd do Bolesławca o godz. 6.30 – odległość 39,8 km - wg mapy 40 min., czas rzeczywisty 45 min., dostawa posiłków do każdej

z 4 placówek ok. 15 min. na każdą, powrót godz. 9.00 – 9.05 – I transport – 2,75 jeden transport

Przygotowanie obiadu

Od godz. 4.00 - 13.00 prace wykonuje szefowa kuchni i pomoc kuchenna; od 6.15 dołącza 6 osobowy personel wykonujący wcześniej śniadanie I i II; od godz. 6.30 do 11.00 dołącza kucharka pracująca na próżniejszą godz. – łączne godz. pracy to: 18 godz. +4 x 6,75 godz. + 6,5 godz. = 51,5 godz.

Do kosztów przygotowania należy doliczyć 3 godz. na zamówienia oraz zakup artykułów i produktów na posiłki - łącznie zaangażowanie personelu 54,5 godz. Ten czas niezbędny jest na przygotowanie 900 obiadów dwudaniowych / dla 100 dzieci potrzeba dziennie 6,06 godz. (mimo że czas produkcji dań wykracza poza czas wyjazdu do przedszkoli z Bolesławca, Wykonawca przedstawia kalkulację całego dnia pracy i wylicza współczynnik dla 100 dzieci)

Rodzaj pracy przy wykonywaniu obiadu: standardowa obróbka mięs i warzyw, przygotowywanie potraw i kompotów, przygotowywanie surówek, układanie zakupionych artykułów w lodówkach lub magazynie, prace porządkowe na każdym etapie produkcyjnym

Transport i dostawa

Od godz. 11.00 – czas na dojazd i dostawę obiadu 2,75 godz.

Łącznie dla wykonania i dostawy trzech posiłków dla 100 dzieci w przedszkolu w Bolesławcu potrzeba dziennie 11,56 godz. Łącznie miesięcznie dla obsłużenia 100 dzieci z przedszkoli z Bolesławca niezbędne jest 1,45 etatu miesięcznie. Na poszczególne placówki przekłada się następująco:

- 1) – 1,58 etatu.
- 2) – 1,32 etatu.
- 3) – 1,32 etatu.
- 4) – 1,33 etatu.
- 5) – 1,13 etatu.
- 6) – 1,02 etatu. 7) – 1,44 etatu.

Zdaniem Odwołującego wykonawca PPHU znacząco zaniżył również koszt paliwa (wg Odwołującego koszt w tym zakresie wynosi ok. 3 800 zł miesięcznie, tymczasem wykonawca PPHU przyjął kwotę 2 800 zł), koszt wody i ścieków (wg Odwołującego koszt w tym zakresie wynosi ok. 1 600 zł miesięcznie, tymczasem wykonawca PPHU przyjął kwotę 300 zł) oraz koszt energii i gazu (wg Odwołującego koszt w tym zakresie wynosi ok. 7 200 zł miesięcznie, tymczasem wykonawca PHU przyjął kwotę 1 500 zł).

Brak możliwości wezwania do ponownych wyjaśnień

Odwołujący zauważył również, że nie ma możliwości kolejnego wezwania wykonawcy PPHU do złożenia kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz przedstawienia dowodów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień tylko w sytuacji, gdy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty. Stanowiłoby to bowiem w istocie danie wykonawcy drugiej szansy na udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co stoi w sprzeczności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1166/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 190/19).

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, którego ofertę Odwołujący uważa za zawierającą rażąco niską cenę, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „J. N. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe” z siedzibą w Świętoszowie (dalej jako „Przystępujący”). Izba potwierdziła skuteczność złożonego przystąpienia

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. W przystąpieniu i na rozprawie powtórzył argumentację zawartą w wyjaśnieniach cenowych złożonych Zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że zgodnie z zapisami Rozdziału 12 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) - Sposób obliczenia ceny oferty dla każdej części zamówienia – Zamawiający wskazał, że ceny należy podać w PLN wraz z podatkiem VAT, z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku. VAT wyliczony będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ryczałtowa cena jednostkowa posiłku brutto obejmuje stawkę dzienną za posiłki składające się z: I śniadania, II śniadania i obiadu przypadającą **na jedno dziecko** przedszkolne uwzględniającą koszt wsadu do kotła, opłatę za przygotowanie i dowóz posiłku. Cena ta ostatecznie wprowadzona do umowy jako jednostkowe wynagrodzenie ryczałtowe.

12.3 Koszt zakupu surowców tzw. wsad do kotła (opłata za I śniadanie, II śniadanie i obiad) nie może być niższy od wartości ustalonej na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. Prawo oświatowe (Dz. U. z 2021 r. poz. 1082) – tj. 12 zł brutto na jedno dziecko dziennie. Wykonawca powinien określić w ofercie wysokość wsadu do kotła jaką przyjął do wyceny. Koszt wsadu do kotła, to koszt produktów użytych do przygotowania posiłku. Z kwoty wsadu do kotła wykonawca nie będzie mógł pokrywać innych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Koszt przygotowania i dowozu posiłków powinien uwzględniać, w szczególności: koszty przygotowania posiłków w kuchni wykonawcy, koszty pracowników, koszty transportu, koszty środków czystości, koszty najmu lokalu od zamawiającego, koszty dezynsekcji, itp. itd.

Należało podać ceny jednostkowe brutto poszczególnych posiłków, tj. cenę I śniadania, cenę II śniadania i cenę obiadu **wraz z kosztem wsadu**. Suma cen poszczególnych posiłków powinna być równa cenie jednostkowej brutto obejmującą całkowitą stawkę dzienną za posiłki.

Całkowita wartość umowy dla poszczególnych zamawiających, o których mowa w ust. 1. SWZ, i zamawiających gdzie przewiduje się ilość posiłków składających się z I i II śniadania oraz obiadu, stanowić będzie iloczyn przewidywanych w okresie zamówienia ilości posiłków dla poszczególnych zamawiających, gdzie przewiduje się ilość posiłków składających się z I i II śniadania oraz obiadu i całkowitej stawki dziennej za posiłki.

Całkowita wartość umowy dla poszczególnych zamawiających, o których mowa w ust. 1 SWZ, i zamawiających gdzie przewiduje się ilość posiłków składających się z I i II śniadania, stanowić będzie iloczyn przewidywanych w okresie zamówienia ilości posiłków dla

poszczególnych zamawiających, gdzie przewiduje się ilość posiłków składających się z I i II śniadania i sumy ryczałtowej ceny jednostkowej za I i II śniadanie.

Całkowita stawka dzienna za posiłki/cena ofertowa winna zawierać również należne składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz należności podatkowe zgodnie z odrębnymi przepisami – jeżeli dotyczy.

Zamawiający informował, że ewentualne wszelkie rabaty, bonifikaty, promocje upusty, itp., wykonawca musi uwzględnić w taki sposób, aby całkowita cena ofertowa przedstawiona w formularzu ofertowym uwzględniała wszelkie ewentualne rabaty, bonifikaty, promocje upusty, itp.

W postępowaniu złożono 4 oferty.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień cen w ofercie dla wszystkich 7 części zamówienia, wskazując, że ceny budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Dodatkowo Zamawiający przekazał pismo, które otrzymał od Odwołującego odnoszące się do cen w ofercie Przystępującego. Zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, posługując się elementami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp.

Dodano również, że jednym z dowodów w zakresie wyliczenia ceny w ofercie w wysokości 14,50 zł brutto jest kalkulacja kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający zaznaczył, że wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

Swoje wyjaśnienia wykonawca powinien poprzeć dowodami. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, powinny także wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze.

Przystępujący oświadczył, że Wykonawca zrealizuje zamówienie z powodzeniem. Uzyskana kwota zaspokoi wszystkie składowe części realizacji zamówienia w zakresie przygotowania i dostawy posiłków. Nie zgadza się on z wątpliwościami co do jego oferty

wyrażonymi przez innego wykonawcę, który chce w ten sposób ofertę zdyskredytować. Ten wykonawca, jako obecnie realizujący tylko część zamówienia w bieżącym roku, nie zna realnych wyliczeń co do całości tego zamówienia i musi maksymalizować zysk z części tego zamówienia na zaspokojenie wszystkich kosztów swojej oferty.

Przystępujący podniósł dalej, że nie są prawdziwe twierdzenia, że będzie ponosić koszty najmu lokalu od Zamawiającego. Wykonawca będzie realizował zamówienie w swoich lokalach i swoim transportem. Jako wykonawca realizuje on z powodzeniem zamówienie na przygotowanie i dostawę posiłków dla Przedszkola Publicznego w Nowogrodźcu, cena za jedno dziecko za całonocne wyżywienie wynosi 11,88 zł brutto. Liczba dzieci w przedszkolu wynosi średnio 400 dzieci. Wykonawca realizuje także zamówienie dla Przedszkola Publicznego i Szkoły w Świętoszowie, stawka od września do grudnia w przedszkolu wynosi 14,00 zł brutto. Jest to stawka za przygotowanie, dostarczenie i wydawanie posiłków z całą obsługą, myciem i podawaniem posiłków dla dzieci, na własnym wyposażeniu jako wykonawca. Ponadto firma realizuje zamówienie dla Przedszkola Niepublicznego „Planeta Uśmiechu” w Lubaniu dla 90 dzieci. Jest również wykonawcą dla Ośrodka Pomocy Społecznej GOPS Nowogrodziec, GOPS Osiecznica.

Przystępujący wskazał, że z powodzeniem realizuje zamówienia pod względem stosunkowo niskich stawek za jeden dzień żywienia dziecka w przedszkolu. Nie musi maksymalizować zysku ze złożonej oferty w tym zamówieniu, ponieważ nie jest to jedyne źródło dochodu jego firmy, a jedynie jedna z części składowych zamówień. Wykonawca zadeklarował jednocześnie wykorzystanie wysokiej jakości towarów potrzebnych do zapewnienia wysokiej jakości przygotowywanych posiłków.

Do wyjaśnień dołączono kalkulację z kosztów przygotowania i dostarczenia posiłków dla złożonej oferty, zaświadczenie z US o niezaleganiu w podatkach od zatrudnionych pracowników, jak i podatku dochodowym, zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacie składek, referencje z Przedszkola Publicznego w Nowogrodźcu, Świętoszowie, referencje z Przedszkola Niepublicznego „Planeta Uśmiechu” w Lubaniu, referencje z GOPS w Nowogrodźcu i Osiecznicy.

Z kalkulacji wynika, że przyjęto średnio dziennie 697 dzieci (zgodnie z SWZ) oraz około 55 dzieci w oddziałach żłobkowych $55 \times 2,5 = 137,50$ zł

$697 \times 2,50$ zł brutto = 1742,50 zł brutto dziennie za jeden dzień świadczenia usługi

Średnia liczba dni roboczych 20 dni w miesiącu = 34 850,00 zł brutto

Oraz $55 \times 2,50$ zł = $137,50 \times 20$ = 2750,00 zł

Razem 37 600 zł brutto, w tym Vat 8% = 34 814,81 zł netto

Zakładając 4 pracowników w kuchni za 4 500 zł brutto = 18 000,00 zł

Kierowca dostawca 1,5 etatu = 6 750,00 zł

Koszty mycia i dezynfekcji pojemników transportowych = 800 zł
Gaz, prąd = 1 500,00 zł
Woda 300,00 zł
Amortyzacja pojazdu i koszty paliwa = 2 800,00 zł brutto
Koszty lokalowe = 500,00 zł
Koszty usuwania odpadów = 150,00 zł
Koszty administracyjne (księgowe) = 200,00 zł
Inne koszty nieprzewidziane w kalkulacji podstawowe = 1 000,00 zł
Daje to łącznie 32 000,00 zł
Daje to zysk 2 814,81 zł

Po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego w 7 częściach zamówienia, na czynność tę złożono odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Przystępujący składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostął ciężarowi dowodowemu i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień.

Treść złożonego pisma, zdaniem Izby, w większej części nie spełnia wymogu wyjaśnień, brakuje tam w zasadzie merytorycznej treści, do której można się odnieść. Ze złożonego oświadczenia nie wynika, jakie czynniki pozwoliły Wykonawcy skalkulować cenę na poziomie podanym w ofercie. W większej części pismo stanowi polemikę z wezwaniem i pismem złożonym do Zamawiającego przez Odwołującego.

Oświadczenia złożonego Zamawiającemu nie można uznać za wyjaśnienia wyczerpujące i konkretne. Przystępujący składa ogólne deklaracje, że za cenę podaną w ofercie jest w stanie należycie zrealizować zamówienie. Wskazuje, że zaproponowana kwota zaspokoi wszystkie składowe części realizacji zamówienia i wystarczy na przygotowanie i dostawę posiłków. Dalej znajdują się ogólne twierdzenia o kondycji finansowej firmy Przystępującego, o posiadaniu własnego lokalu, o realizacji z powodzeniem innych zamówień na rzecz placówek oświatowych o charakterze tożsamym lub zbliżonym do Zamawiającego. Przystępujący zapewnia, że gwarantuje wysoką jakość posiłków i należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, iż zapewnieniom tym nie towarzyszy pogłębiona analiza, że to właśnie wymienione przez Przystępującego czynniki pozwoliły obniżyć cenę do poziomu podanego w ofercie. Brakuje także wykazania w jakim stopniu czynniki te pozwoliły Przystępującemu obniżyć cenę ofertową.

Załączona do wyjaśnień kalkulacja ma wysoce uproszczony charakter. Wykonawca operuje w niej kwotami nie wyjaśniając w jaki sposób kwoty te odpowiadają przyjętym dla stawki jednostkowej założeniom. Przystępujący nie wyjaśnia na jakiej podstawie do kalkulacji przyjmuje wysokość podanych kosztów. Z kalkulacji nie wynika przykładowo, dlaczego dla kosztów prądu i gazu przyjęto wielkość 1 500 zł, a dla kosztów utylizacji odpadów 150 zł. Przystępujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że koszty najmu lokalu wynoszą 500 zł a koszty administracyjne będą ponoszone w wysokości 200 zł.

Następnie zauważyć należy, iż ani kalkulacja, ani wyjaśnienia nie zawierają rzeczowych dowodów, potwierdzających złożone oświadczenia. Za dowody nie może być w ocenie Izby uznany materiał załączony do wyjaśnień w postaci zaświadczeń z US lub ZUS. Dokumenty te obrazują sytuację podmiotową Wykonawcy, że nie zalega on ze świadczeniami na rzecz Skarbu Państwa. Z pewnością dokumenty te nie obrazują, że możliwe było przyjęcie kosztów w podanej wysokości. Nie świadczą one również, że wykonawca ponosi koszty pracownicze w podanej wysokości. Z zaświadczeń nie wynika po pierwsze, że Przystępujący ponosi koszty pracownicze w podanej wysokości a po drugie, że podana kwota 4500 zł brutto i 6750 zł brutto zawiera wszystkie koszty, w tym koszty, które zobowiązany jest ponosić pracodawca. Odwołujący celnie w odwołaniu poruszył i przedstawił powyższą kwestię. Przystępujący nie wyjaśnia, że przyjęta do kalkulacji liczba etatów w odniesieniu do wykonania przedmiotu zamówienia jest wystarczająca.

Za dowody potwierdzające wysokość ponoszonych kosztów i prawidłowość kalkulacji nie mogą być również w ocenie Izby uznane złożone do wyjaśnień referencje pochodzące od innych Zamawiających. Dokumenty te potwierdzają prawidłowość realizacji zamówień ale nie potwierdzają, że złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja i wyjaśnienia obrazują rzeczowość kosztów.

Odwołujący słusznie w odwołaniu zauważył, że w kalkulacji przyjęto nieprawidłową liczbę dzieci, dla których należy wykonać posiłki. Przystępujący natomiast twierdził w przystąpieniu, że dane te mają minimalne znaczenie dla wysokości kosztów i prawidłowości kalkulacji. W ocenie Izby nic bardziej mylnego. Siłą rzeczy przygotowanie mniejszej ilości posiłków może generować mniejsze koszty ale również mniejszy zysk z zamówienia, a tym samym dalsze przyjęte przez Przystępującego założenia mogą okazać się nieadekwatne.

Nie zasługują także na aprobatę Izby wszystkie twierdzenia Przystępującego, z których, choćby pośrednio, wynika, że może on część kosztów dla tego zamówienia finansować z innych zamówień. Zdaniem Izby Wykonawca winien w taki sposób sporządzić kalkulację i oszacować cenę jednostkową w ofercie, aby obejmowała ona wszystkie koszty dla tego danego zamówienia. Wykonywanie innych zamówień jest bowiem elementem

niepewnym. Odwołujący na rozprawie słusznie także podkreślił, że skoro wykonawcy przyjęli taką samą wartość dla „wsadu do kotła” (12 zł), to pozostała kwota ceny jednostkowej powinna obejmować wszystkie inne niezbędne koszty do należytego wykonania zamówienia. Nie są tym samym adekwatne wyliczenia o różnicach procentowych między ofertą Przystępującego i Odwołującego na poziomie 9%, skoro Przystępujący zaproponował stawkę 14,50 zł, a Odwołujący 16 zł. Różnica zatem wynosi prawie 50% (2,5 zł w stosunku do 4 zł). Izbie trudno jest uwierzyć, choćby biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe i notoryjność podwyżek najniższego wynagrodzenia za pracę oraz cen prądu, gazu i paliwa, że kwota 2,5 zł pokrywa wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym transport posiłków. Warto również zwrócić uwagę na niespójność stanowiska Przystępującego na rozprawie, gdzie najpierw wskazywał on, że uprawnieniem wykonawcy było przyjęcie kwoty za wsad do kotła na poziomie określonym przepisami na minimalnym poziomie, następnie zaś wskazywał on, że wartość ta jest istotną składową ceny jednostkowej i powinna być brana pod uwagę przy ocenie tej ceny. Skoro tak, to wyjaśnienia w żadnym miejscu nie odnoszą się do tej kwoty, obrazując, że jest ona wystarczająca do przygotowania wymaganej liczby posiłków dziennie, przy zachowaniu wszystkich innych wymagań jakościowych dla jednego posiłku.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych koszty do poniesienia na wystarczającym poziomie, by zapewnić danemu wykonawcy zysk na zadaniu. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Przystępujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert we wszystkich częściach zamówienia, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....