

WYROK
z dnia 26 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2022 r. przez wykonawcę: **Wrocławskie Eventy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Politechnika Wroclawska z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 224 i art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy: Diapol Catering D. S. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaproponowanej w ofercie;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 2/3 i odwołującego w 1/3 części, i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 565 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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

Politechnika Wroclawska z siedziba w Wroclawiu (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne na świadczenie usług cateringowych dla Politechniki Wroclawskiej; znak sprawy SZP/242-172/2022 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 września 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00339376/01.

W dniu 12 października 2022 r. przez wykonawcę: **Wroclawskie Eventy Sp. z o.o. z siedziba w Wroclawiu** (dalej „odwołujący”), do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy DIAPOL - CATERING D. S. z siedziba w Wroclawiu (dalej „DIAPOL-CATERING”), podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasły przesłanki do odrzucenia powyższej oferty z uwagi na podanie rażąco niskiej ceny;
2. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się w tym, że za najkorzystniejszą uznana została oferta podlegająca odrzuceniu;
3. art. 74 ust. 1 w zw. art. 18 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania przez nie udostępnienie protokołu postępowania na wniosek odwołującego, co narusza uprawnienia odwołującego i uniemożliwia weryfikację czy zamawiający dochował procedur wymaganych przepisami ustawy Pzp.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez DIAPOL - CATERING; ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty złożonej przez DIAPOL - CATERING.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: DIAPOL - CATERING. Przedmiotowe przystąpienie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2022 r. i zostało podpisane przez Pana S. N.. Do przystąpienia nie załączono żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że osoba składająca oświadczenie jest upoważniona do działania w imieniu przedsiębiorcy. Pan S. N. nie został także ujawniony we wpisie do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej jako pełnomocnik.

Zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Co istotne, aby przystąpienie było skuteczne, wykonawca winien przedmiotowe przystąpienie doręczyć Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w wymaganej formie i opatrzyć podpisem osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawcy, lub też załączyć do zgłoszonego przystąpienia niezbędne dokumenty (pełnomocnictwo) z treści którego takie upoważnienie będzie wynikało. Przepisy ustawy Pzp, ani przepisy wykonawcze do niej, nie przewidują możliwości uzupełnienia braków zgłoszonego przystąpienia, jak to ma miejsce w przypadku odwołania. Tym samym przystąpienie, podpisane przez osobę, która w dacie jego zgłoszenia nie była umocowana do działania w imieniu przedsiębiorcy - nie może być uznane za skuteczne. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopuściła wykonawcy DIAPOL - CATERING, do udziału w toczącym się postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 21 października 2022 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Odwołujący, w piśmie procesowym z 21 października 2022 r., zajął swoje stanowisko w sprawie, odnosząc się do argumentacji zamawiającego podnoszonej w odpowiedzi na odwołanie. W piśmie wniósł także o przeprowadzenie dowodów, załączając je do swojego stanowiska, na okoliczności wskazane w treści pisma.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, treścią pisma procesowego złożonego przez odwołującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a złożona przez niego oferta zajęła drugą pozycję w rankingu ofert, ustalonym na podstawie kryteriów oceny ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta wybrana w postępowaniu zostanie odrzucona a zamówienie powinno przypaść odwołującemu. Szkoda odwołującego polega

w tym przypadku na utracie możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne, utraty przychodów i zysku z tytułu jej wykonywania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i zamawiającego, na okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji, o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych pn. świadczenie usług cateringowych dla Politechniki Wrocławskiej. Zamawiający w Rozdziale II specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) opisał przedmiot zamówienia, odsyłając do Załącznika nr 3 do SWZ - OPZ. Wskazał, że szczegółowy zakres wykonania przedmiotu zamówienia, będący projektowanymi postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, znajduje się we wzorze umowy, stanowiącym Załącznik nr 2

do SWZ. Jako miejsce realizacji zamówienia wskazano pomieszczenia na terenie Kampusu

Politechniki Wrocławskiej oraz inne miejsca na terenie miasta Wrocławia, wskazane przez osoby upoważnione przez zamawiającego. Zamawiający zobowiązał się do zamówienia w okresie obowiązywania umowy usług cateringowych w minimalnym zakresie 20% ceny oferty wybranego wykonawcy.

Z kolei w Załączniku nr 3 do SWZ (OPZ), opisując sposób w jaki będzie świadczona usługa, zamawiający przewidział, że usługi będą realizowane sukcesywnie w okresie obowiązywania umowy, w ramach spotkań organizowanych przez Organizatora (jednostkę zlecającą) na podstawie przesłanego zamówienia (zlecenia częściowego). W zleceniu częściowym Organizator określi datę i miejsce, menu skomponowane z zestawu/ zestawów /menu uzupełniającego opisanego w Części B - Opis szczegółowy. Zlecenie częściowe standardowo będzie składane w terminie 5 dni roboczych przed datą planowanej uroczystości. W sytuacjach wyjątkowych, gdy liczba uczestników spotkania będzie mniejsza niż 20 osób, dopuszcza się możliwość złożenia zlecenia w terminie 3 dni roboczych przed datą planowanej uroczystości. Rozliczenia następować miały po każdym wykonaniu usługi cateringowej. Zamawiający opisał odrębnie 9 różnych usług cateringowych i dodatkową usługę cateringową/ dodatkowe menu, które różniły się swoim zakresem, jak też sposobem serwowania posiłków.

W Rozdziale XI zamawiający opisał sposób składania ofert w postępowaniu i wymienił jakie dokumenty każdy wykonawca winien złożyć wraz z ofertą. Jednym z wymaganych załączników była wypełniona kalkulacja cenowa (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ). W załączniku tym wymienionych zostało 40 pozycji (zestawy kawowe, zestawy śniadaniowe, zestawy obiadowe, zestawy konferencyjne, obsługa kelnerska, stół cateringowy, galanteria cukiernicza, owoce filetowe, bufet sałatkowy, przekąski, przystawka i napoje). Powyższe pozycje składały się na poszczególne usługi cateringowe, opisane w załączniku nr 3 do SWZ - OPZ.

Cenę oferty wykonawca zobowiązany był wyliczyć w taki sposób, że ceny jednostkowe za wskazane przez zamawiającego elementy winny zostać przemnożone przez zakładane ilości usług, których realizacja była przewidziana w okresie obowiązywania umowy (12 miesięcy). Łączna cena brutto za realizację całego zamówienia była brana pod uwagę przy ocenie ofert w kryteriach oceny ofert. Kryteria te zamawiający opisał w Rozdziale XIV SWZ. Zgodnie z nim przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający kierował się następującymi kryteriami i wagami wyrażonymi w procentach: (1) Cena (C) - Oferowana cena ogółem brutto za całość przedmiotu zamówienia - waga 40%; (2) Jakość (J) - waga 60%, 1%=1 pkt. Kryteria w zakresie jakości: Organizacja i infrastruktura cateringu tj. estetyka

nakrycia stołów i podania potraw oraz sprawność przygotowaniu poczęstunku - max. 20 pkt wg indywidualnej oceny członków komisji; Ubiór i zachowanie obsługi - max. 10 pkt wg indywidualnej oceny członków komisji - oceniana będzie estetyka, sposób zachowania przy podawaniu potraw; Smak, świeżość, aromat, wygląd i odpowiednia temperatura potraw - max. 30 pkt wg indywidualnej oceny członków komisji.

Ponadto, na podstawie „Informacji z otwarcia ofert” skład orzekający ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu złożono cztery oferty: (1) J. & J. GASTRONOMIA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, cena 924 200,00 zł.; (2) NUTRI CATERING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, cena 1 215 547,50 zł.; (3) D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAPOL-CATERING D. S. z siedzibą we Wrocławiu, cena 666 000,00 zł.; (4) Wrocławskie Eventy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, cena 827 134,50 zł. Z kolei kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosiła 867.167,00 zł.

Zamawiający ocenił złożone oferty i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DIAPOL-CATERING. O wyborze zamawiający poinformował 7 października 2022 r.

Izba ustaliła ponadto, na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, że odwołujący złożył wniosek dotyczący udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami 10 października 2022 r. w godzinach popołudniowych. Zamawiający przesłał żądane dokumenty w dniu następnym tj. 11 października 2022 r. Kolejnego dnia odwołujący zasygnalizował trudności z pobraniem dokumentów. Zamawiający niezwłocznie zaoferował przesłanie dokumentów w inny sposób. Odwołujący tego samego dnia poinformował, że nie zachodzi taka potrzeba i w razie dalszych trudności zwróci się ponownie o ich przesłanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający, prowadząc postępowanie, dopuścił się naruszenia art. 224 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zaniechał badania oferty złożonej przez wykonawcę DIAPOL - CATERING pod kątem rażąco niskiej ceny, do czego w okolicznościach niniejszej sprawy był zobowiązany. W konsekwencji postępowanie to zostało przeprowadzone

z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Izba orzekając w sprawie miała na uwadze treść przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający jeśli 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 przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów - zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z kolei zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, nie podlegających odrzuceniu - zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Izba podziela ocenę zamawiającego, zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, że w odniesieniu do wybranej oferty nie wystąpiła obligatoryjna przesłanka, zobowiązująca zamawiającego do wyjaśnienia całkowitej ceny zaoferowanej w postępowaniu. Jak bowiem zamawiający wyliczył w niniejszym postępowaniu średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosiła 908 220,50 zł., tym samym próg rażąco niskiej ceny wynikający ze średniej: 635 754,35 zł., z kolei cena ofertowa Diapol Catering to 666 000,00 zł. Z kolei biorąc pod uwagę wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania: 867 167,00 zł. - próg rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia: 607 016,90 zł. uznać należało, że w obu przypadkach cena ofertowa Diapol Catering jest wyższa niż wyliczony zgodnie z ustawą Pzp próg rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, mając na uwadze treść przepisu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający nie miał obowiązku wszczynania procedury związanej z badaniem oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Pomimo jednak braku takiego obowiązku, w okolicznościach przedmiotowej sprawy zastosowanie winien mieć przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu przeprowadzić takie badanie w sytuacji, gdy cena oferty wybranej lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba podziela wprawdzie prezentowane w doktrynie i orzecznictwie poglądy, że regulacja ta kierowana jest do zamawiającego i uzależnia możliwość skierowania takiego wezwania od jego oceny, jak też, że zwroty użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp „wydaje się” czy „budzi wątpliwości” są nieostre i zostały przez ustawodawcę wprowadzone po to, aby

dać zamawiającemu szerokie spektrum działania i, aby mógł on korzystać z tego przepisu w sytuacjach, gdy w wyniku badania złożonych ofert czy to cena jako całość, czy też jej składowe wydają mu się rażąco niskie i nabierze podejrzeń, że za te ceny nie jest możliwa realizacja zamówienia publicznego. Nie ogranicza to jednak prawa odwołującego do skutecznego podnoszenia zarzutów naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pod warunkiem, że wykaże, że zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo, że takie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia winny zaktualizować się po stronie zamawiającego i w konsekwencji jego zaniechanie naruszało treść cytowanego przepisu.

W ocenie Izby z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający bowiem, badając cenę oferty wybranego wykonawcy, skupia się na wartości zamówienia, podanej przez wykonawcę za całość realizowanej usługi. W odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że ceny w innym analogicznym (podobnym co do zakresu i czasu trwania zamówienia) postępowaniu, które zamawiający prowadził dwa miesiące wcześniej, były podobne do tych, które DIAPOL CATERING zaoferował w tym zamówieniu. Ceny zaoferowane wówczas przez wykonawców, w tym obecnego odwołującego, nie budziły wątpliwości, gdyż nie zostały w żaden sposób zakwestionowane. Dalej zamawiający tłumaczył, że biorąc pod uwagę, że od sierpnia do października tego roku nie wystąpiły żadne nadzwyczajne okoliczności wpływające na sposób wyceny ofert w przedmiotowym zakresie, oferowany przedmiot zamówienia ma charakter standardowy niewymagający szczególnego, wyjątkowego przygotowania - nie było też w ocenie zamawiającego podstaw do przeprowadzenia takiego badania.

Podejście takie jest błędne z następujących powodów. Zamawiający zdaje się zapominać, że zgodnie z ustalonymi przez niego w SWZ warunkami realizacji zamówienia, zobowiązał się do zrealizowania zamówień o wartości 20% ceny oferty wykonawcy. Przy tym, szczegółowy zakres zamówień na dane usługi, w tym na konkretne zestawy w ramach każdej z usług cateringowych, określonej w Załączniku nr 3 do SWZ, miał być każdorazowo ustalany w ramach zamówień, składanych przez pracowników zamawiającego. Z kolei wynagrodzenie należne wykonawcy będzie określane w oparciu o faktycznie zrealizowane usługi, przy uwzględnieniu cen jednostkowych, wskazanych w kalkulacji cenowej. Przyjęty sposób realizacji zamawianej usługi, przy uwzględnieniu rozliczania wynagrodzenia w oparciu

o wskazane przez wykonawcę ceny jednostkowe wskazane w kalkulacji cenowej, biorąc do tego pod uwagę stosunkowo niski minimalny zakres zamówienia wskazują, że dla kalkulacji ceny ofertowej istotne jest w jaki sposób dany wykonawca wyliczał poszczególne ceny jednostkowe. Co także istotne zamawiający może także ograniczyć się do zamawiania

określonych zestawów, całkowicie pomijając inne elementy oferty, gdyż takie zastrzeżenie zawarł w SWZ.

Tym samym powyższy sposób konstrukcji SWZ, nakazywał zamawiającemu konieczność dokonania weryfikacji nie tylko całościowej ceny oferty, ale porównanie poszczególnych cen jednostkowych za poszczególne usługi i rozważenie poziomu tych cen pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający na rozprawie twierdził, że takiego porównania dokonał. Złożył, jako dowód, zestawienia własne: Tabela 1 - kalkulacja cenowa; Tabela 2 - odchylenia cen jednostkowych od progu, z zaznaczeniem największego procentowego odchylenia w każdej z ofert. Z ich treści wynika, co zamawiający również dostrzegł, że biorąc pod uwagę ceny jednostkowe za poszczególne elementy kalkulacji, w tym ceny zaproponowane przez DIAPOL CATERING, występują w tym zakresie znaczne różnice. Badając ceny poszczególnych zestawów, w każdej z ofert stwierdzić można takie rozbieżności, które powodują, że cena jednostkowa odbiega o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen zaproponowanych w złożonych ofertach. Swoją analizę poszczególnych cen jednostkowych przeprowadził również odwołujący. Ta prowadzi z kolei do wniosku, że spośród 40 elementów ceny całościowej, wycenianych jednostkowo przez uczestników postępowania, 15 elementów a zatem 37,5 % całego zamówienia, zostało przez DIAPOL CATERING skalkulowane o ponad 30% taniej niż oferty konkurentów. Komponenty wycenione taniej to zestaw kawowy I, zestaw kawowy II, zestaw śniadaniowy II, zestaw śniadaniowy III, zestaw śniadaniowy V, zestaw śniadaniowy VI, zestaw śniadaniowy VII, zestawy konferencyjne I-III, galanteria cukiernicza I, galanteria cukiernicza III, galanteria cukiernicza V, bufet sałatkowy I, bufet sałatkowy III. Podnosił także, że niektóre z cen jednostkowych

za poszczególne zestawy są takie same pomimo, że różnią się one swoim zakresem. Inne z kolei są wycenione na tak niskim poziomie, że niemożliwe jest zrealizowanie zamówienia za podaną cenę (takie same ceny jednostkowe oferuje DIAPOL CATERING za usługi o mniejszym zakresie i składające się z większej liczby elementów).

Skoro sam zamawiający dostrzegł tak znaczące różnice w cenach jednostkowych, oferowanych przez poszczególnych wykonawców, to mając na uwadze fakt, że w przypadku tego postępowania ostateczna wysokość wynagrodzenia otrzymywanego przez wykonawcę uzależniona jest od potrzeb zamawiającego, który sam określa ile i jakie elementy składające się na przedmiot postępowania zdecyduje się zamówić -powinny zaktualizować się po stronie zamawiającego wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Nie może opierać się na założeniach, nie wyartykułowanych w treści SWZ, że zrealizuje zamówienie w takim zakresie, który pozwala w całości skalkulować cenę oferty na danym poziomie i możliwe jest, że DIAPOL CATERING w taki sposób wyliczył cenę swojej oferty, że część kosztów ujmował

w jednych pozycjach, pomijając je w innych.

Nie sposób także zaakceptować argumentacji zamawiającego, który odnosił cenę całkowitą zaoferowaną w przedmiotowym postępowaniu do cen ofertowych zaproponowanych w przetargu prowadzonym dwa miesiące wcześniej (postępowanie na usługę cateringową prowadzone w sierpniu 2022 r., znak sprawy zamawiającego: SZP/242104/2022) i na tej podstawie wywodził, że skoro ceny te były zbliżone i nie budziły wątpliwości - to należy uznać, że i te oferowane w postępowaniu przez DIAPOL CATERING uznać należy za rynkowe. Jak trafnie zauważył odwołujący swoje twierdzenia w tym zakresie zamawiający nie poparł żadną szczegółową analizą w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, nie przedstawił też jego dokumentacji, aby możliwe było porównanie tych zamówień. Jednakże, jak trafnie dostrzegł odwołujący, już sama tylko treść informacji z otwarcia ofert przeczy poczynionym przez zamawiającego założeniom o prawidłowości dokonanej przez DIAPOL CATERING wyceny. Zgodnie z przedłożonym dokumentem, kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację zamówienia SZP/242-104/2022 wynosiła 759 092,25 zł brutto, była zatem o 108 074,75 zł niższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na realizację spornego zamówienia. W konsekwencji można dojść do wniosku, że również zakres zamówienia nr SZP/242-104/2022 był węższy, niż zakres zamówienia spornego. Mimo to, w postępowaniu SZP/242-104/2022 DIAPOL CATERING zaoferowała cenę o 25 014,00 zł. wyższą, niż wynosiła cena w spornym postępowaniu. Ich porównanie winno zatem raczej skłonić zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, niż utwierdzić go w przekonaniu o rzetelnej, rynkowej wycenie oferty DIAPOL CATERING.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający powinien był nabrać wątpliwości co do możliwości zrealizowania przez wybranego wykonawcę zamówienia za podane przez niego w ofercie ceny jednostkowe i wezwać DIAPOL CATERING do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu należy także wskazać, że zarzuty odwołującego i sformułowane przez niego w treści odwołania żądania w zakresie, w jakim domaga się odrzucenia oferty złożonej przez DIAPOL CATERING - należało uznać za przedwczesne. Izba przypomina, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Tym samym odrzucenie oferty musi zostać każdorazowo poprzedzone procedurą wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, gdyż wezwany do wyjaśnień wykonawca może

domniemanie takie obalić, składając stosowne wyjaśnienia oraz dowody na poparcie swoich twierdzeń.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu skierowanie do wykonawcy DIAPOL CATERING wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanych przez niego w postępowaniu cen jednostkowych i w ramach wyjaśnień przedstawienia wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na wymienione w tej kalkulacji ceny jednostkowe.

Izba rozpoznała następnie zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 74 ust. 1 w zw. art. 18 ustawy Pzp i, po analizie akt sprawy uznała, że te nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania, gdyż nie udostępnił protokołu prowadzonego postępowania na wniosek odwołującego, co w jego ocenie naruszało jego uprawnienia i uniemożliwiało weryfikację czy zamawiający dochował procedur wymaganych przepisami ustawy Pzp.

Należy w tym miejscu wskazać, że w świetle cytowanego art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oferty, wraz z załącznikami, składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinny zostać udostępnione (na wniosek) przez zamawiającego niezwłocznie po ich otwarciu, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia, w którym nastąpiło otwarcie ofert. Obowiązek niezwłocznego udostępniania ofert, o którym mowa w ww. przepisie, należy rozumieć jako konieczność podjęcia przez zamawiającego czynności w najkrótszym możliwym terminie (po wpłynięciu wniosku o udostępnienie), mając na uwadze okoliczności związane z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza co do zasady, iż udostępnienie ofert powinno nastąpić bez zbędnej zwłoki, przy czym ustawodawca wskazał zamawiającemu maksymalny termin na dokonanie tej czynności - nie dłużej niż 3 dni od daty ich otwarcia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy termin składania ofert upływał w dniu 28 września 2022 r. W tym też dniu zamawiający opublikował informacje z otwarcia ofert, wskazując między innymi jakie oferty zostały złożone w postępowaniu i jakie ceny za wykonanie zamówienia zaproponowali wykonawcy. Od tego dnia odwołujący miał zatem wiedzę odnośnie tego jaka była cena zaproponowana przez wykonawcę DIAPOL CATERING, która jak twierdzi jest ceną rażąco niską. Od tego też dnia odwołującemu

przysługiwało prawo wglądu w oferty złożone w postępowaniu i, w szczególności, możliwość zapoznania się ze szczegółową kalkulacją ceny oferty (składane przez wykonawców wraz z ofertą).

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej tj. 10 października 2022 r. Zamawiający przesłał odwołującemu żądane dokumenty i uczynił to bez zbędnej zwłoki, gdyż przekazanie dokumentów nastąpiło w dniu następnym. Kolejnego dnia odwołujący zasygnalizował wprawdzie trudności z pobraniem dokumentów, ale jak wynika z treści prowadzonej z odwołującym korespondencji, zamawiający zaoferował przesłanie tych dokumentów w inny sposób. Odwołujący tego samego dnia poinformował, że nie zachodzi taka potrzeba i w razie dalszych trudności z ich odczytaniem zwróci się ponownie o ich przekazanie. Wobec braku informacji zwrotnej ze strony odwołującego zamawiający uznał, że dokumenty zostały dostarczone.

Odwołujący rzeczywiście otrzymał żądany protokół wraz z załącznikami tuż przed upływem terminu na złożenie odwołania, co w istocie czyniło możliwość złożenia odwołania utrudnionym. Nie sposób jednak nie dostrzec, że miał on możliwość uzyskania wglądu do złożonych ofert już od 28 września 2022 r., z czego nie skorzystał, stąd też to jego zaniechania spowodowały, że czas potrzebny na dokonanie dogłębnej analizy ceny oferty DIAPOL CATERING, został skrócony.

Nietrafione są także zarzuty odwołującego, który podnosił, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana w piątek, w godzinach popołudniowych. Ustawodawca nie sprecyzował bowiem w jakie dni zamawiający mają obowiązek przekazać informację o wyborze oferty, nie wprowadził także ograniczeń w tym zakresie, w zależności od wartości udzielanych zamówień. Nie sposób również twierdzić, że zamawiający odpowiadając na przesłany wniosek o udostępnienie protokołu, który żądane dokumenty przesłał następnego dnia, działał w sposób opieszale. Za bezpodstawne należy także uznać zarzuty, że zamawiający działał intencjonalnie, w taki sposób aby uniemożliwić odwołującemu złożenie niniejszego odwołania i skuteczne podniesienie zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 74 ust. 1 w zw. z art. 18 ustawy Pzp są niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2022 r., poz. 1710 ze zm.). Izba uznała za zasadne dwa, spośród trzech zarzutów sformułowanych

przez odwołującego w treści złożonego odwołania, w konsekwencji kosztami obciążyła zamawiającego w części 2/3 i odwołującego w 1/3 części. Do kosztów postępowania Izba zaliczyła wpis w kwocie 7 500,00 zł., wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego - do wysokości 3 600,00 zł., koszty dojazdu na rozprawę - 214,00 zł., opłatę skarbową od pełnomocnictwa - 34,00 zł., zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). W konsekwencji zamawiający zobligowany został do zapłacenia odwołującemu kwoty 7 565,00 zł.

Przewodniczący :