

**WYROK**

**z dnia 31 października 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę W.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Gastronomicznych W.H. w Bydgoszczy, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – SP ZOZ Centrum Onkologii im. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, przy udziale wykonawców:

1. Food Investment S.A. z siedzibą w Gdyni;
2. Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi;

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 3.954,00 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

SP ZOZ Centrum Onkologii im. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszcy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego po uzupełnieniu wyposażenia oraz prowadzenie działalności gastronomiczno-handlowej w oparciu o wynajęte pomieszczenia *Cafe Bar Patio* w Centrum Onkologii, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 lipca 2018 r., pod nr 2018/S 143-327364.

12 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę Food Investment S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej „Wykonawca FI”).

22 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy W.H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Gastronomicznych W.H. w Bydgoszcy od:

1. zaniechania czynności odrzucenia ofert wykonawców FI oraz Vendi Servis sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej „Wykonawca VS”);
2. oceny ofert z uwzględnieniem ofert ww. wykonawców;
3. wyboru oferty Wykonawcy FI jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta winna zostać odrzucona;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców FI oraz VS, w sytuacji gdy zawierały one rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem ww. ofert;
2. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do ww. wykonawców o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy obiektywnie uzasadnione jest podejrzenie, że oferty wyżej wymienionych podmiotów zawierały rażąco niską cenę;

3. art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert z udziałem ofert ww. wykonawców, które to oferty winny zostać odrzucone, a także przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy FI, jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy FI, w sytuacji, w której oferta ta zawierała błędy w formularzu ofertowym, inne niż oczywiste omyłki rachunkowe, a waga błędu stanowiła bezwzględną przyczynę odrzucenia tej oferty;
6. z daleko posuniętej ostrożności w przypadku uznania, że wskazany błąd stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), niepowodująca istotnych zmian w treści oferty – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia ofert wykonawców FI i VS;
3. dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert ww. wykonawców;

a nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w kwocie 18.600,00 zł, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ prowadzi przedsiębiorstwo, które w zakresie swojej działalności zajmuje się realizacją usług stanowiących przedmiot zamówienia. Co więcej, Odwołujący przez okres ponad dwóch i pół roku realizował usługi, których dotyczy przetarg ogłoszony przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego kwestionowane oferty winny zostać odrzucone, zaś oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą. W sposób oczywisty zakończenie Postępowania z naruszeniem przepisów prawa doprowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego, ponieważ zostanie on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia i w konsekwencji uzyskania dochodu z tego tytułu.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że 12 października 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawcy FI z ceną 7.330.559,62 zł. Jako kolejną uplasowała się oferta Wykonawcy VS, który zaoferował cenę 7.350.909,41 zł. Odwołujący uplasował się na trzecim miejscu z kwotą oferty 7.659.072,29 zł. Na czwartym

miejscu znalazła się wykonawcy Impel Catering sp. z o.o. sp.k. z ceną 8.714.252.16 zł. Ostatnia lokata przypadła wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – PUH Martina Catering sp. z o.o. i PPHU Eksport-Import MARTINA W. M., które zaproponowało kwotę 10.062.828.29 zł.

Odwołujący podał następnie, że zarówno Pzp, jak i dyrektywy, nie definiują pojęcia rażąco niskiej ceny. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że cena rażąco niska, to cena znacząco odbiegająca od realiów rynkowych, nierealna, niewiarygodna, spekulacyjna, na przykład zakładająca zakup towaru poniżej kosztów zakupu albo też wykonanie usługi za symboliczną kwotę. Jest to cena nieopłacalna, która nie uwzględnia reguły ekonomicznej opłacalności przedsięwzięć obowiązującej w danym miejscu i czasie, że koszty realizacji przedsięwzięcia nie mogą być wyższe od wpływów, jakie ono przyniesie. Wskazuje się, że może ona zostać zaoferowana zarówno celowo i świadomie, jak i nieświadomie, to znaczy wskutek błędu wykonawcy na etapie kalkulacji ceny, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Różnica pomiędzy zaoferowaną niską ceną a rzeczywistą wartością przedmiotu zamówienia nie jest obiektywnie uzasadniona w przypadku, gdy dany wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

Chociaż Pzp nie wymienia czynników, które jednoznacznie pozwalałyby zakwalifikować daną cenę jako rażąco niską, to doktryna i orzecznictwo wypracowały pewne standardy postrzegania ceny jako rażąco niskiej. Przede wszystkim, dokonując badania ceny oferty, należy odnieść tę cenę do wartości przedmiotu zamówienia określonej przez zamawiającego oraz do cen innych ofert złożonych w postępowaniu, przy uwzględnieniu wiedzy i doświadczenia życiowego, a także obecnych na rynku właściwym warunków. Prawidłowa weryfikacja ceny zakłada więc, że zamawiający weźmie pod uwagę dane z rynku, które powinien znać sam, bądź też ustalić na podstawie wyjaśnień otrzymanych od wykonawcy. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający przez wiele lat prowadził własną kuchnię, a więc posiada własne doświadczenia pozwalające na ocenę kosztów związanych z prowadzeniem tego rodzaju działalnością w tym chociażby kosztów zatrudnienia personelu.

Przenosząc powyższe wywody na grunt przedmiotowej sprawy, Odwołujący podniósł, że oferty wykonawców FI oraz VS zawierają rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować ich odrzuceniem.

Odwołujący stwierdził, że szereg kosztów wykonania zamówienia ma charakter stały i wykonawca nie ma na nie wpływu (co znacząco wpływa na ocenę, czy w pozostałym zakresie przyjęta przez oferenta cena ma charakter rażąco niskiej). Dodatkowo, Wykonawca FI zadeklarował koszt surowca w stawce osobodnia (tzw. „wsad do kotła”) na poziomie 16,02 zł, czyli na inne koszty pozostają bardzo niskie kwoty. Wykonawca ten świadczy obecnie usługę

żywienia pacjentów Zamawiającego i mimo bardziej wyśrubowanych założeń SIWZ zaoferował cenę niższą niż ta, za którą świadczy usługę obecnie. Obecnie stawka tzw. „osobodnia” wynosi 25,43 zł netto, a w przedmiotowym postępowaniu wykonawca zaoferował cenę 25,22 zł netto. Różnica w cenie wynosi więc 0,21 zł netto.

Zmiany mające wpływ na zwiększenie ceny w Postępowaniu to:

1. wzrost zadeklarowanej stawki wsadu do kotła o min. 1,00 zł;
2. wzrost kosztów personalnych – w obecnym postępowaniu zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę co najmniej 1 dietetyka, 1 managera, 6 kucharzy; Zamawiający żąda dodatkowo 4 kelnerów do dystrybucji posiłków w oddziałach szpitalnych oraz obsługi kelnerskiej pacjenta w restauracji *Fantazja* w zakresie podania posiłku do stolika i zebrania naczyń po posiłku, czyli musi być zatrudniony co najmniej 1 kelner, gdyż godziny wydawania posiłków w restauracji i w oddziałach pokrywają się; mając powyższe na uwadze wykonawca musi dysponować co najmniej 5 kelnerami na zmianie.

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający żąda działalności w zakresie ok. 13 godzin dziennie (7 dni w tygodniu i dni ustawowo wolne od pracy) osób zatrudnionych musi być znacznie więcej.

3. koszt czyszczenia przez specjalistyczną firmę zasłon i krzesel w restauracji *Fantazja*, co będzie generowało dodatkowe koszty;
4. koszt utylizacji odpadów kuchennych i pokonsumpcyjnych wynoszący 400 zł netto miesięcznie.

Powyższe zarzuty mają w pełni zastosowanie wobec Wykonawcy VS, którego oferta jest wyższa od oferty Wykonawcy FI o 0,05 zł na osobodniu (w przypadku Wykonawcy FI jest to kwota 25,22 zł netto, w przypadku Wykonawcy VS jest to kwota 25,29 zł netto). W konsekwencji wszystkie pozostałe kwestie pozostają aktualne.

Mając na względzie powyższe należy zauważyć, że w celu pokrycia kosztów zamówienia podstawowego, wykonawca musi pokryć część kosztów z działalności dodatkowej, czyli żywienia klientów oraz *Cafe Bar Patio*.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w dniu 9 marca 2018 r. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 8.130.727,12 zł brutto (zakładając wsad do kotła na poziomie 15,00 zł). W ofertach wykonawcy zadeklarowali wsad na poziomie 16,01-16,02 zł. Konieczne było wzięcie pod uwagę, że przez okres realizacji umowy różnica w zakładanym wsadzie do kotła i uwzględnionym przez wykonawców wzrośnie o ok. 269.064,00 zł (1,01 zł różnicy x 7.400 osobodni miesięcznie x 36 miesięcy). Okoliczność ta nie została zweryfikowana przez Zamawiającego na etapie wyboru ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że 10 września 2018 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od Konsorcjum Martina z dnia 7 września 2018 r. dotyczące rażąco niskiej ceny. Wykonawca zwrócił uwagę Zamawiającego, że zaoferowane ceny budzą istotne wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny w kwestii wykonania zamówienia zgodnie z założeniami SIWZ.

Zgodnie z przepisami Pzp zamawiający w ramach badania ofert jest zobowiązany zwrócić się o udzielenie wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, czego Zamawiający nie zrobił.

W ślad za powyższym zarzutem wskazać należy na związane z nim zaniechanie Zamawiającego związane ze zwróceniem się do wykonawców FI i VS o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wówczas, gdy obiektywnie uzasadnione jest podejrzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że wartość zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę ok. 7.800.000 zł brutto. Wystąpienie z wezwaniem do wyjaśnienia ceny ustanawia domniemanie prawne, że cena oferty jest rażąco niska. Obalenie tego domniemania należy do wykonawcy. Wykonawca, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny musi przekonać zamawiającego, że wątpliwości co do zaoferowanej ceny są nieuzasadnione. Nie wystarczy więc, że złoży jakiegokolwiek wyjaśnienia – muszą być one umotywowane wykazaniem okoliczności wpływających na obniżenie ceny oraz ich bezpośrednim przełożeniem na cenę:

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp i utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się, czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Jeżeli 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, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający zaniechał wezwania ww. wymienionych wykonawców przez co nierzetelnie podszedł do kwestii badania ofert, mimo, że od otwarcia ofert do dnia ogłoszenia wyników Postępowania minęło 38 dni.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w formularzu ofertowym narzucił średnią miesięczną ilość osobodni na poziomie 7.400 pacjentów, gdzie rzeczywista ilość na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy od momentu ogłoszenia Postępowania wynosiła 6.700 pacjentów. Wielkość ta zakłamuje rzeczywisty obraz ilości żywionych pacjentów o ok. 700 osobodni miesięcznie, czyli ok. 8.400 rocznie, czyli ok. 25.200 pacjentów w skali 3 lat

(okresu obowiązywania umowy). Zamawiający posiadał te dane, co udowodnił odpowiedzią na pytanie 13 z dnia 27 sierpnia 2018 r. Na ten problem zwrócił uwagę również Wykonawca FI w piśmie z dnia 31 sierpnia 2018 r., gdzie zwrócił uwagę, że średnia miesięczna liczba osobodni w roku 2017 wyniosła ok. 6.800, a Zamawiający podał tę liczbę na poziomie 7.400 osobodni miesięcznie. Jak wskazał Wykonawca FI sytuacja taka powoduje znaczne zawyżenie łącznej wartości oferty na okres realizacji zamówienia, a tym samym wprowadza w błąd potencjalnych wykonawców, którzy mogą kalkulować cenę przy błędnym założeniu większej liczby żywionych pacjentów niż w rzeczywistości. W związku z powyższą sytuacją wykonawcy zakładają rozłożenie kosztów stałych na większą liczbę osobodni, co prowadzi do obniżenia ceny za osobodzień. Zakładając ilość osobodni w miesiącu na wyższym poziomie (7.400 z formularza) cena osobodnia podana przez wykonawców jest zaniżona, gdyż dzieli koszty stałe przez większą ilość osobodni, co również powoduje zmianę ceny na wyższą.

Niezależnie od powyższych okoliczności, należy zaznaczyć, że bezwzględną przyczyną odrzucenia oferty jest każdy inny błąd w obliczeniu ceny niż oczywista omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwego zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem w ustaleniu stanu faktycznego niż wadliwie od strony technicznej wykonaną czynnością obliczenia ceny.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie powinien brać pod uwagę kwestionowanych w odwołaniu ofert, które z uwagi na wskazane wyżej okoliczności winny zostać odrzucone. Podkreślić należy, wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający może posługiwać się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp.

W związku ze stwierdzonymi powyżej uchybieniami w czynnościach Zamawiającego Odwołujący wskazał również na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący dodał również, że Zamawiający nie podał do publicznej wiadomości średnich kosztów ani skali zużycia gazu, mimo że wobec Zamawiającego zostało sformułowane pytanie nr 32. Nie posiadając tej informacji wykonawcy nie wykonujący wcześniej usługi nie mogli rzetelnie policzyć kosztów eksploatacyjnych.

Kolejny zarzut to brak w dokumentacji Wykonawcy FI kompletnej na dzień składania ofert oraz rażące błędy w formularzu ofertowym. W miejscu gdzie powinna być łączna cena zamówienia przez okres 36 miesięcy wpisano kwotę jednostkową wyżywienia pacjenta. Analiza formularza oferty wskazuje, że łączna kwota zamówienia wynosi netto 24,22 zł, która to kwota została skreślona i obok wpisano jedynie liczbowo 6.787.555,20, (brutto – 27,24 zł,

która to kwota została skreślona i obok wpisano jedynie liczbowo 7.330.559,62 zł). Po otwarciu ofert zostało stwierdzone, że jest błąd w formularzu i naniesiona została zmiana. Zmiana ta nie została w żaden sposób wyjaśniona, nie umieszczono żadnych adnotacji na formularzu, ani podpisu osoby, dokonującej zmiany. Formularz został poprawiony, natomiast w dokumentacji nie znalazła się informacja do Wykonawcy FI, w której Zamawiający informuje o dokonaniu zmian w formularzu. W ocenie Odwołującego nie są to oczywiste omyłki pisarskie i oferta powinna zostać odrzucona w toku badania. Z daleko posuniętej ostrożności, nawet w przypadku uznania, że wskazany błąd stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty nastąpiło naruszenie art. 89 ust. 7 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nawet bowiem w przypadku uznania, że omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty, Zamawiający nanosząc zmiany na treść oferty winien był zawiadomić o tym wykonawcę i uzyskać zgodę na zmianę w treści ofert.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści następujących dokumentów załączonych do odwołania:

1. wyciągu z formularza oferty złożonej przez Wykonawcę FI;
2. pisma wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – PUH Martina Catering sp. z o.o. i PPHU Eksport-Import MARTINA W. M. z 7 września 2018 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, argumentując jak niżej.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawców FI i VS jako zawierających cenę rażąco niską, Zamawiający wskazał, że nie zaktualizował się po jego stronie obowiązek dokonania tej czynności, bowiem – wbrew twierdzeniom Odwołującego – żadna ze złożonych ofert nie zawierała ceny rażąco niskiej w rozumieniu Pzp. Co istotne, według poglądów prezentowanych w orzecznictwie sądowym sama różnica w wysokości cen ofert nie świadczy jeszcze o rażąco niskiej cenie którejkolwiek z nich. Zamawiający zwrócił uwagę na wynikające z przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przesłanki wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i stwierdził, że w stosunku do ofert kwestionowanych przez Odwołującego nie powziął podejrzania, jakoby oferty te zawierały cenę rażąco niską, zaś cena oferty najkorzystniejszej była niższa o 11% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i o 10% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W takim samym stosunku kształtowała się cena oferty złożonej przez Wykonawcę VS. Z kolei cena oferty złożonej przez Odwołującego była o 7% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i niższa o 6% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Różnica w cenie między ofertą najkorzystniejszą a ofertą Odwołującego wynosiła więc tylko 4%. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, twierdzenia Odwołującego o rażąco niskim



charakterze ceny zawartej w ofertach wykonawców FI i VS nie znajdują podstaw tak faktycznych, jak i prawnych. Zaistnienie istotnej różnicy cen pomiędzy ofertami złożonymi w toku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (co *nota bene* nie nastąpiło w przedmiotowej sprawie), nie przesądza zresztą samoistnie o rażąco niskim charakterze ceny najniższej.

Zamawiający zwrócił następnie uwagę na kwestię rozkładu ciężaru dowodu. Na gruncie przedmiotowej sprawy obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanki rażąco niskiej ceny ofert kwestionowanych w odwołaniu spoczywa na Odwołującym. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, ponieważ z przedstawionych twierdzeń i dokumentów nie wynika, by cena zawarta w ofercie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą stanowiła cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających *etc.*

Zamawiający podał, że oszacowania w zakresie ilości poszczególnych posiłków (osobodni) dokonano w oparciu o dane wynikające z faktur przedstawionych przez Wykonawcę FI za okres od 15 lipca 2015 r. do 31 grudnia 2017 r., zakładając niewielki wzrost ilości posiłków, uwzględniający specyfikę oddziałów placówki Zamawiającego, wytyczne w zakresie zapewnienia opieki zdrowotnej w sytuacji zagrożenia bezpieczeństwa i aktualne możliwości w zakresie posiadanej bazy łóżek. Zasadność poczynienia spornego założenia uzasadniają ponadto m.in. takie okoliczności jak: zwiększenie w ostatnich latach liczby łóżek z 304 na 322 a także możliwość zmiany specyfiki oddziałów placówki Zamawiającego (leczenia pacjentów), tj. np. zmiana oddziału zabiegowego w oddział zachowawczy, przy czym taka modyfikacja wpłynie na ilość i rodzaj wydawanych posiłków, bowiem pacjenci poddawani zabiegom nie korzystają z żywienia w dniu zabiegu oraz dzień po nim, zaś następnie objęci są dietą ścisłą (tzw. kleik), co wpływa na koszt żywienia pacjenta po stronie wykonawcy. Porównując dane z roku 2016 i 2017 jednoznacznie stwierdzić należy, że doszło do wzrostu o kilkanaście procent w zakresie: liczby pacjentów leczonych w oddziale chemioterapii i oddziale klinicznym Zamawiającego, liczby osobodni oraz podanych preparatów cytostatycznych i leków. Tym samym, brak jest podstaw do kwestionowania przez Odwołującego przyjętej przez Zamawiającego ilości osobodni. Szczegółowe wyjaśnienie sposobu szacowania wartości zamówienia określa załącznik nr 1 do wniosku 1/ZZP/2018.

W nawiązaniu do powyższego zważyć również należy, że przeprowadzając Postępowanie Zamawiający uwzględnić musiał specyfikę profilu jego działalności, co w tym

przypadku wiązało się z koniecznością prognozowania co do ilości pacjentów onkologicznych żywnionych w ww. placówce. Oczywistym jest, że dokładne ustalenie liczby pacjentów objętych hospitalizacją (a więc i żywieniem w Centrum Onkologii) w przyszłości nie jest możliwe, w związku z powyższym średnia miesięczna ilość osobodni określona w dokumentacji przetargowej może ulec zmianie (w tym także w czasie trwania umowy zawartej wskutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), co zostało zaznaczone w SIWZ. Prowadzony monitoring obecnie obowiązującej umowy na żywienie pacjentów (nr 2/MZP/2015) polega przy tym przede wszystkim na kontrolowaniu wartości umowy w stosunku do jej realizacji. Kontrolowanie ilości osobodni nie jest istotne dla prowadzonego monitoringu umowy, gdyż ilość ta może ulegać zmianom w czasie obowiązywania umowy. Tym samym, niesłuszny jest też stawiany Zamawiającemu zarzut zawyżania wartości osobodni objętych Postępowaniem, a zastosowane wyliczenie nie może być uznane za wprowadzające wykonawców w błąd. Wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mieli określone te same ilości osobodni w formularzu cenowym, wobec tego niewątpliwie mieli takie same możliwości prawidłowego skalkulowania ceny składanej oferty. Co więcej, ostateczna kwota wartości zamówienia (jak również kwota ceny wskazanej w ofercie przez poszczególnych wykonawców) jest pochodną ceny jednostkowej (stawka osobodnia) i ilości osobodni, a zatem przyjęcie większej ilości osobodni skutkuje nie tylko wzrostem wartości zamówienia, ale także wzrostem ceny oferowanej przez wykonawców. Kwestia ta pozostaje zatem bez znaczenia przy badaniu postępowania pod kątem zarzutu wyboru oferty z ceną rażąco niską. Ponadto Zamawiający zazaczył, że dokumentacja przetargowa była dostępna dla wszystkich wykonawców, Odwołujący jednak nie złożył w przewidzianym ustawą terminie zapytań ani zastrzeżeń do SIWZ w zakresie ilości osobodni podanych w formularzu cenowym (żaden inny wykonawca także nie złożył w terminie ustawowym pytania do SIWZ w tym przedmiocie). Co więcej, przy szacowaniu wartości zamówienia nie uwzględniono wzrostu wsadu surowcowego, ponieważ w dokumentacji przetargowej określono minimalną wartość wsadu na kwotę 15,00 zł brutto, pozostawiając wykonawcy możliwość zaoferowania wsadu o wyższej wartości. Wartość wkładu surowcowego stanowiła przy tym jedno z kryteriów oceny ofert, a zatem zwiększając jego wartość, wykonawca mógł uzyskać większą ilość punktów, zwiększając tym samym szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie wykazał, aby cena zaproponowana przez Wykonawcę FI, z racji stosunku określonej wartości wsadu surowcowego do całkowitej wartości wykonania zamówienia, stanowiła cenę nierealną lub pozbawiającą czynności ww. wykonawcy gospodarczego charakteru działalności, brak bowiem podstaw do wnioskowania na podstawie twierdzeń zawartych w treści odwołania, by kwota pozostała po odjęciu od stawki za osobodzień wartości wsadu surowcowego, nie była wystarczająca dla zapewnienia przez Wykonawcę FI koniecznej obsługi, przy jednoczesnym zachowaniu rentowności przedsięwzięcia.

Zamawiający dodał, że względy przemawiające za prawidłowością działania Zamawiającego w odniesieniu do oferty złożonej przez Wykonawcę FI pozostają aktualne również w stosunku do Wykonawcy VS, z wyłączeniem argumentacji dotyczącej poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki w ofercie, o czym poniżej).

Zamawiający stwierdził następnie, że zarzut z pkt 5 odwołania został błędnie sformułowany już z tego względu, że zawiera on twierdzenia o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 6 i ust. 7 Pzp, podczas gdy ww. akt nie przewiduje regulacji o takiej numeracji. W świetle powyższego, zarzut ten nie powinien podlegać rozpatrywaniu przez KIO z uwagi na treść przepisu art. 192 ust. 7 Pzp.

Z ostrożności, wnioskując, że Odwołujący ma na myśli przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 i pkt 7 Pzp, Zamawiający oświadczył, że nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów prawa. Oferta Wykonawcy FI została złożona wraz z formularzem oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) i formularzem cenowym (załącznik nr 2A do SIWZ). W formularzu oferty wskutek omyłki Wykonawca FI wpisał stawkę osobodnia (wartości netto i brutto) zamiast całkowitej wartości wykonywania usługi przez cały planowany okres jej realizacji, natomiast w formularzu cenowym Wykonawca określił skalkulowaną cenę oferty za cały okres wykonywania usług (36 miesięcy). W ocenie Zamawiającego, omyłka ta miała charakter oczywisty – nie sposób bowiem byłoby przyjąć, że wskazana w treści formularza oferty kwota 25,22 zł netto i 27,24 zł brutto stanowi ekwiwalent wartości objętej ofertą usługi przez cały zakładany czas jej wykonywania. Podkreślić także należy, że ustalenie zaistnienia ww. omyłki i wartości, jaką Wykonawca FI planował podać w treści formularza oferty, nie wymagało dokonywania żadnych obliczeń ani innych operacji przez Zamawiającego, bowiem w treści formularza cenowego (tabela nr 1: ceny jednostkowe posiłków, poz. 4) wskazano jednoznacznie, co następuje: „ogółem stawka dzienna osobodnia (suma poz. od 1 do 3) – cena jedn. netto: 25,22 zł – cena jedn. brutto: 27,24 zł”. W tabeli nr 3 (wartość zamówienia w skali 36 miesięcy), suma (wartość brutto) podano natomiast wyraźnie kwotę: 7.330.559,62 zł. W zaistniałej sytuacji, nie ulegało wątpliwości, że popełniona przez Wykonawcę FI omyłka miała charakter oczywisty, polegający na błędnym umiejscowieniu w formularzu ofertowym wartości osobodnia zamiast pełnej kwoty należnej za cały okres wykonywania usług. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, jest to oczywista omyłka pisarska w rozumieniu normy art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, która podlegała skorygowaniu przez Zamawiającego z mocy ww. normy prawa. Niewątpliwie zaistniała omyłka miała charakter oczywisty, ponieważ jej dostrzeżenie oraz skorygowanie nie wymagało bowiem żadnych wiadomości specjalnych i widoczne było na tzw. pierwszy rzut oka. W tym kontekście Zamawiający wskazał, że dnia 4 września 2018 r. o godz. 10:00 Zamawiający dokonał otwarcia ofert, w pierwszej kolejności odczytując cenę wpisaną w formularzu oferty, a następnie cenę wynikającą z formularza cenowego. Cena całkowita wykonania usługi wskazana w treści formularza cenowego została też umieszczona

w informacji z otwarcia ofert. W trakcie otwarcia ofert obecni byli przedstawiciele wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty Postępowaniu, zatem powzięli oni informację na temat zaproponowanej przez Wykonawcę FI ceny wykonania objętej postępowaniem usługi. Termin na wniesienie odwołania od ww. czynności Zamawiającego upłynął bezskutecznie z dniem 14 września 2018 r. Skorygowanie ceny podanej omyłkowo przez Wykonawcę FI nie było kwestionowane przez żadnego z wykonawców.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. zestawienia cen złożonych ofert pod kątem badania przesłanki ceny rażąco niskiej;
2. rankingu ofert;
3. zestawienia wykonanych świadczeń w oddziale chemioterapii, oddziale klinicznym onkologii i ambulatorium chemioterapii;
4. wniosku Nr 1/ZZP/2018 wraz z załącznikiem nr 1;
5. oferty Wykonawcy FI;
6. listy wykonawców obecnych na otwarciu ofert;
7. informacji z otwarcia ofert z dnia 4 września 2018 r.;
8. powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;
9. wyciąg z SIWZ.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili wykonawcy FI oraz VS, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec zaistnienia w odniesieniu do zgłoszonych przystąpień przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o ich dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy FI zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści wniosku o wszczęcie Postępowania z 9 marca 2018 r. z załącznikiem zawierającym oszacowanie wartości zamówienia (z aktualizacją), SIWZ, ofert Odwołującego i przystępujących, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 12 października 2018 r. i dokumentów załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający stwierdził, że przywołane dowody odzwierciedlają stan faktyczny wynikający z pisemnych stanowisk w rozpoznawanej sprawie.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów odwołania Izba uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie o zarzutach dotyczących rażąco niskiej ceny ofert wykonawców FI oraz VS wymagało przesądzenia na której ze stron spoczywał ciężar instruowania postępowania w tym zakresie. Przypomnieć w tym miejscu należy, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie występował do żadnego z wykonawców o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zatem przedmiotem oceny Izby w ramach postępowania odwoławczego była prawidłowość tej właśnie decyzji. Biorąc powyższe pod uwagę należało odpowiedzieć na pytanie, czy dowód bezprawności wspomnianego zaniechania obciążał Odwołującego, zgodnie z podstawowym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 190 ust. 1 Pzp, czy też może w sprawie znajdował zastosowanie odwrócony ciężar dowodu (art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp) obarczający przystępujących obowiązkiem wykazania, że zaniechanie wezwania ich do wyjaśnień nie naruszało przepisów Pzp. Skład orzekający rozpoznający przedmiotową sprawę opowiada się za pierwszym z wyrażonych poglądów.

Uzasadniając powyższe należy zwrócić uwagę na konstrukcję przepisu art. 190 ust. 1a Pzp, stanowiącego odstępstwo od klasycznego rozkładu ciężaru dowodu. Nie referuje on wprawdzie wprost do żadnej czynności, bądź zaniechania zamawiającego, a *stricte* do ceny oferty (miast do oceny tej ceny), jednak – w opinii składu orzekającego – można z powyższego wyprowadzić wniosek, że ust. 1a odnosi się li tylko do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to – przywołując treści art. 190 ust. 1a Pzp – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź – zależnie od okoliczności – uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia (por. sformułowania użyte w art. 90 ust. 1 Pzp), stąd stawiany Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp był chybiony. Nie sposób nie zauważyć, że przyjęcie przeciwnego zapatrywania w kwestii rozkładu ciężaru dowodu powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zwłaszcza w warunkach nie ziszczenia się przesłanek skutkujących obowiązkiem dokonania tej czynności – por. art. 90 ust. 1a Pzp) mogłoby ograniczać się *de facto* jedynie do wskazania na tą okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut, co stoi w sprzeczności z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r., poz. 1092 j.t. ze zm.).

Konsekwencją prezentowanych powyżej poglądów było stwierdzenie, że Odwołujący nie sprostał ciężarowi udowodnienia, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do charakteru cen oferowanych przez przystępujących. Zawarte w odwołaniu twierdzenia skład orzekający uznał za częściowo chybione, a nadto, niezależnie od ich trafności – w całości za gołosłowne. Odwołujący ograniczył się bowiem do fragmentarycznego przytoczenia istotnych, w jego ocenie, wymogów dotyczących realizacji zamówienia (por. str. 7-8 odwołania), niemniej jednak w odniesieniu do żadnego z nich (poza kosztem wsadu do kotła, którego wzrost Izba uznała za nieistotny) nie wskazał w jaki sposób przekładają się one na koszty realizacji zamówienia. Odwołujący, odmiennie niż w sprawie zakończonej wydaniem wyroku o sygn. akt KIO 500/15, który wielokrotnie przywoływał w toku rozprawy, nie przedstawił choćby uproszczonej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, pomimo tego że każdy z wykonawców miał obowiązek przedstawienia wraz z ofertą formularza cenowego (załącznik nr 2A do SIWZ), zawierającego m.in. wyliczenie cen jednostkowych poszczególnych rodzajów posiłków. Konieczne jest zatem stwierdzenie, że Odwołujący miał obiektywnie taką możliwość, z której jednak nie skorzystał.

Zdaniem Izby bezskuteczne było również kwestionowanie ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia, w tym przewidywanej liczby osobodni. Skład orzekający uznał, że załączony do wniosku o wszczęcie postępowania szacunek wraz z aktualizacją spełnia wymogi przewidziane przepisami art. 32, 34-35 Pzp, uwzględniając w tym zakresie argumentację Zamawiającego zawartą na str. 5-6 odpowiedzi na odwołanie, wspartą załączonym do pisma zestawieniem wykonanych świadczeń. Nie sposób nie zauważyć również, że dane stanowiące podstawę szacowania wartości zamówienia (w tym podważana liczba osobodni) były wspólne dla wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu, zatem zakładać należy, że stanowiły podstawę obliczenia cen ofert złożonych przez każdego z nich. To wykonawca których od tych założeń odstępuje, nie zaś wykonawca, który się nimi posługuje, naraża się na wadliwe określenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Finalnie nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że ceny ofert Odwołującego i przystępujących niewiele różniły się nie tylko od siebie, ale i od wartości szacunkowej zamówienia (por. zestawienie cen ofert pod kątem badania rażąco niskiej ceny). Należy to poczytywać za przejaw normalnej walki konkurencyjnej, nie zaś za niczym nieuzasadnione zaniżanie cen za realizację przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji zarzut obrazy przepisu art. 90 ust. 1 Pzp nie mógł się ostać.

Skład orzekający nie dopatrył się również zarzucanego Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp w odniesieniu do oceny oferty Wykonawcy FI.

Nie ulega wątpliwości, że formularz oferty Wykonawcy FI, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, obarczony był nieprawidłowością polegającą na wskazaniu stawki dziennej osobodnia w miejscu przeznaczonym na podanie całkowitej ceny za realizację zamówienia. Powyższe nie stanowi jednak ani błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ani innej omyłki, której poprawienie wymagałoby zgody wykonawcy.

Błąd w obliczeniu ceny jest – jak wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych (zob. M. Jaworska: *Komentarz do art. 89 Pzp* [w:] M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2018) – spowodowany błędnym rozpoznaniem przez wykonawcę stanu faktycznego lub prawnego, wynikającego z określonych wymogów SIWZ, bądź przepisów prawa, skutkiem czego cena oferty obliczona jest w oparciu o nieprawidłowo ustalony zakres wymagań zamawiającego lub z naruszeniem regulacji prawnych mających wpływ na kalkulację ceny, np. przepisów podatkowych. Sytuacja taka nie zaszła w przedmiotowym stanie faktycznym, bowiem załączony do oferty formularz cenowy, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2A do SIWZ, potwierdza ujęcie przez Wykonawcę FI w cenie oferty pełnego zakresu świadczenia.

Nie ma również podstaw, aby zakwalifikować opisaną powyżej nieprawidłowość jako inną omyłkę z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Porównanie treści formularza oferty i formularza cenowego złożonych przez Wykonawcę FI nie wskazuje na żadną niezgodność treści oferty z SIWZ, ani też Odwołujący na ową niezgodność w ogóle się nie powoływał w uzasadnieniu odwołania. Ergo, Zamawiający prawidłowo zakwalifikował wspomniane uchybienie jako omyłkę pisarską, której poprawienie nie wymagało interwencji ze strony Wykonawcy FI, a więc miało przymiot oczywistego. W tym zakresie Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego przedstawioną na str. 7-8 odpowiedzi na odwołanie i przywołane tam dowody.

W konsekwencji powyższych zapatrywań nie stwierdzono również naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając to uwadze orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018, poz. 972 j.t.).

**Przewodniczący:** .....