

Sygn. akt: KIO 1427/22

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2022 r. przez wykonawcę

**Zjednoczone Przedsiębiorstwo Rozrywkowe S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Senatorska 13/15) ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Nadwiślański Oddział Straży Granicznej w Warszawie** (ul. Komitetu Obrony Robotników 23) przy udziale

**M. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Studio Smaku Catering M. K. w Piasecznie** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego, drugiego, trzeciego i czwartego;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
- 3.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Zjednoczone Przedsiębiorstwo Rozrywkowe S.A. z siedzibą w Warszawie**;
- 3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Zjednoczone Przedsiębiorstwo Rozrywkowe S.A. z siedzibą w Warszawie** oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego **Nadwiślański Oddział Straży Granicznej w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.3. zasądza od odwołującego **Zjednoczone Przedsiębiorstwo Rozrywkowe S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Nadwiślański Oddział Straży**

**Granicznej w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 1427/22**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający – Nadwiślański Oddział Straży Granicznej w Warszawie (ul. Komitetu Obrony Robotników 23) prowadzi w trybie procedury otwartej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Usługę żywienia osób umieszczonych w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców w Placówce Straży Granicznej w Lesznowoli oraz doprowadzanych, numer referencyjny 1/FI/ZM/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 073-195466. Zamówienie przekracza progi unijne.

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. odwołujący - Zjednoczone Przedsiębiorstwo Rozrywkowe S.A. w Warszawie (ul. Senatorska 13/15) złożył odwołanie na czynności zamawiającego polegające na zaniechaniu zażądania od odwołującego wyjaśnień od treści złożonej oferty, poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych prawek, odrzuceniu oferty odwołującego się, wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą STUDIO SMAKU CETERING M. K. . Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie przepisów:

1. Art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej zwanej Ustawą, poprzez ich niezastosowanie tj. zaniechanie żądania wyjaśnienia treści oferty odwołującego się pomimo tego, że na skutek nieprawidłowego i nieprecyzyjnego sformułowania treści formularza ofertowego (stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ) – polegającego na błędnym posłużeniu się pojęciem marży w znaczeniu narzutu i równoczesnym niezdefiniowaniu odmiennego znaczenia tego pojęcia – pojawiła się wątpliwość dotycząca treści oferty odwołującego, wymagająca ustalenia rzeczywistej woli składającego ofertę, na skutek czego zamawiający naruszył zasadę przejrzystości w stopniu stanowiącym rażące nadużycie prawa,
2. Art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie tj. poprawienie w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek pomimo, że dostrzeżona przez zamawiającego niezgodność nie miała waloru oczywistości a zastosowane poprawki były jednoznacznie sprzeczne z rzeczywistą wolą odwołującego się,
3. Art. 223 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie tj. poprawienie w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek pomimo, że

skutkiem dokonanych poprawek było wprowadzenie istotnych zmian treści oferty skutkujących bezpośrednio jej odrzuceniem,

4. Art. 224 ust. 2 pkt. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 2 Ustawy poprzez wystosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień do wykazania, że złożona oferta nie jest obciążona rażąco niską ceną bez wskazania, w zakresie których konkretnie elementów cenotwórczych lub kosztotwórczych zamawiający oczekuje szczegółowych wyjaśnień lub dowodów potwierdzających ich realność, a tym samym uniemożliwienie odwołującemu złożenie rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami, które

uzasadniałyby podaną w ofercie cenę lub koszt, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, jako obciążoną rażąco niską ceną,

5. Art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie tj. odrzucenie oferty odwołującego jako zawierającego rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w przypadku gdy oferta złożona przez odwołującego była ofertą rynkową i rentowną, popartą wieloletnim doświadczeniem odwołującego,

6. Art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy poprzez błędne ich zastosowanie tj. dokonanie wyboru oferty złożonej przez innego wykonawcę pomimo, że oferta ta nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, odrzucenia oferty odwołującego i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Do odwołania załączono dowody na uzasadnienie ceny ofertowej.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą STUDIO SMAKU CATERING M. K. .

Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 7 czerwca 2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której poinformował, że odwołanie jest nieuzasadnione, zapisy SWZ w zakresie ustalenia ceny były jednoznaczne i niekwestionowane i właściwie interpretowane przez pozostałych wykonawców, wyjaśnienia odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny ogólnikowe i niekonkretne oraz nie zawierały żadnych dowodów ani kalkulacji. Dodatkowo na rozprawie zamawiający wskazał na prekluzję zarzutów odwołującego. Zamawiający załączył dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia oraz pismo zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2022 r. i odpowiedź odwołującego z dnia 4 maja 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, załączone do pism dokumenty oraz stanowiska stron i przystępującego**

**złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów pierwszego, drugiego, trzeciego i czwartego odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie na zaskarżenie opisanych w nich czynności lub zaniechań zamawiającego i w tym zakresie umorzyła postępowanie.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. zamawiający:

1. poinformował odwołującego o dokonanej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 poprawce oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tej korekty. Rzeczone pismo zawierało w tym zakresie szczegółową kalkulację dokonanej korekty;
2. wezwał odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt. 1 Ustawy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych elementów składowych, z uwzględnieniem czynników określonych w art. 224 ust. 3 w zw. z art. Art. 224 ust. 4 Ustawy, wskazując pięciodniowy termin na udzielenie wyjaśnień.

Izba ustaliła również, że odwołujący pismem z dnia 4 maja 2022 r. wskazał zamawiającemu:

1. na nieprawidłowość dokonanej korekty i zawniósował o uznanie cen podanych w ofercie zgodnie z wyliczeniami odwołującego
2. w zakresie rażąco niskiej ceny cena uzasadniona bo, „(...) są na rynku dużym przedsiębiorstwem, co pozwala nam osiągnąć odpowiednio niskie ceny zakupów towarów oraz kosztów pracy. Kalkulacja przedstawionych cen została sporządzona w oparciu o:
  - duży wolumen zakupy artykułów spożywczych (...),
  - niską rotację pracowników (...)
  - własną, dużą kuchnię produkcyjną (...)
  - posiadamy duże magazyny zasobów (...),
  - stosujemy zasadę zero waste (...)

Odwołujący nie przedłożył wraz z wyjaśnieniami kalkulacji ani dowodów na poparcie zawartych w wyjaśnieniach twierdzeń ani nie skonkretyzowała w żaden sposób jak przywołane czynniki wpływają na kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca nie odniósł się do kwestii wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ani zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. W odwołaniu odwołujący

ponowił argumentację przedstawioną już zamawiającemu w ramach udzielonej odpowiedzi oraz dodatkowo uzupełnił o dane dotyczące udzielanych mu rabatów, planów dyżurów, i cenników. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odnoszą się do ceny ofertowej ustalonej przez zamawiającego w następstwie skorygowania oczywistej omyłki rachunkowej.

Zgodnie z art. 515 Ustawy ust. 1 pkt. 1 Ustawy odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

Zgodnie z art. 528 pkt. 3) Ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W niniejszej sprawie odwołujący uzyskał informację o dokonanej przez zamawiającego poprawce oczywistej omyłki rachunkowej w zakresie kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w dniu 27 kwietnia 2022 r. Tym samym termin do złożenia odwołania od przedmiotowych czynności upłynął 7 maja 2022 r. Odwołanie w zakresie dokonania korekty oczywistej omyłki rachunkowej oraz zakresu wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone zostało w dniu 27 maja 2022 r. a więc z uchybieniem ustawowo przewidzianego terminu.

Tym samym Izba zgodnie z art. 528 pkt. 3) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Ustawy odrzuciła odwołanie we wskazanym w wyroku zakresie.

Zarzuty piąty i szósty odwołania odnoszą się do czynności zamawiającego, których niezgodność z przepisami ustawy stanowi konsekwencję działań zamawiającego opisanych w zarzutach od pierwszego do czwartego odwołania. Ponad to w zakresie zarzutu czwartego Izba stwierdza, że ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i postępowania przed Izbą spoczywa na odwołującym, który zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia i wykazać, że cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z art. 224 Ustawy: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub

wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. (...) 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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 rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty.” Zgodnie z art. 537 pkt. 1 Ustawy „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego”.

W rozpatrywanym przypadku wyjaśnienia złożone przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z 27 kwietnia 2022 r. nie zawierały żadnych konkretnych wyliczeń ani kalkulacji. Sprowadzały się do ogólnego opisu cech wykonawcy, które mogą wpływać na wysokość ceny ofertowej. Wykonawca nie wskazał jednak czy i w jaki sposób konkretnie wpłynęły one na cenę ofertową. W tym zakresie Izba podziela ukształtowane już stanowisko, co do potrzeby składania wyjaśnień skonkretyzowanych, wyczerpujących i rozwiewających wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów w razie zakwestionowania tej zdolności przez zamawiającego. Przedłożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalały zamawiającemu na dokonanie weryfikacji żadnego elementu ceny ofertowej. W ocenie Izby postępowanie odwoławcze nie może w zakresie dowodowym zastępować postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie przewidzianym art. 224 Ustawy. Wprawdzie norma art. 537 pkt 1 Ustawy stanowi, że ciężar ten spoczywa na wykonawcy, którego cena ofertowa została zakwestionowana przez zamawiającego, jednak celem tej normy nie jest zniesienie obowiązków ciążących na tymże w ramach dyspozycji normy art. 224 ust. 1 i 5 Ustawy już na etapie postępowania wyjaśniającego.

Tym samym Izba nie mogła uznać decyzji zamawiającego w przedmiocie oceny ceny ofertowej odwołującego jako rażąco niskiej i odrzucenia w konsekwencji jego oferty za zrealizowaną z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy i w konsekwencji z naruszeniem art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 Ustawy poprzez wybór oferty innego wykonawcy.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody stron i przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zasądziła zwrot kosztów na rzecz zamawiającego na podstawie przedłożonej przez niego faktury.

Przewodniczący .....