

## **WYROK**

**z dnia 29 września 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2022 r. przez wykonawcę **Fudeko S.A., ul. Spokojna 4; 81-549 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **w Warszawie, ul. Bursztynowa 2; 04-749 Warszawa-Międzylesie**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Catermed sp. z o.o., JOL-MARK sp. z o.o., ul. Traktorowa 126/201; 91-204 Łódź**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Fudeko S.A., ul. Spokojna 4; 81-549 Gdynia i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fudeko S.A., ul. Spokojna 4; 81-549 Gdynia**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Fudeko S.A., ul. Spokojna 4; 81-549 Gdynia** na rzecz zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2; 04-749 Warszawa-Międzylesie**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 – Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń Zamawiającego na okres 12 miesięcy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 5 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/BZP 00294177/01.

Dnia 9 września 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 14 września 2022 roku, wykonawca FUDEKO S.A. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na:

- 1) zaniechanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Catermed sp. z o. o. i Jolmark sp. z o. o. (dalej jako: „Konsorcjum”) jako złożonej bez odbycia przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej;
- 2) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj. wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej bez odbycia przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej;

ewentualnie:

- 3) zaniechanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jako zawierającej rażąco niską istotną część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj. wybór jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez uprzedniego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień;

ewentualnie:

- 5) zaniechanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 6) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie:

- 7) zaniechanie przez zamawiającego czynności w postępowaniu, tj. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 8) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj. wybór jako najkorzystniejszej, oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 18) PZP w zw. z art. 131 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP, poprzez: zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako złożonej bez odbycia przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 18) PZP w zw. z art. 131 ust. 2 pkt 1) PZP w zw. z art. 239 PZP poprzez: dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej bez odbycia przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów ad. 1) i 2) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej zamawiającemu zarzucam naruszenie:

3. art. 224 ust. 1, 3 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP poprzez: zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 239 PZP poprzez: dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bez uprzedniego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) - 4) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej, zamawiającemu zarzucam naruszenie:

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

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) – 6) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej, zamawiającemu zarzucam naruszenie:

7. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
8. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 239 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu;

W związku z powyższym odwołujący wniósł:

- 1) na podstawie art. 534 ust. 1 PZP o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
  - a) odpisu z KRS Rekeep S. A.;
  - b) listy obecności wykonawców biorących udział w wizji lokalnej;
  - c) wyjaśnień Konsorcjum z dnia 23 sierpnia 2022 r. odnośnie do uczestnictwa w wizji lokalnej;
  - d) struktury organizacyjnej grupy kapitałowej Rekeep;
  - e) kopii wiadomości e-mail z dnia 08 sierpnia 2022 r. od p. Izabeli Kozendry do zamawiającego;
  - f) pełnomocnictwa z dnia 23 sierpnia 2022 r. udzielonego przez Konsorcjum p. Izabeli Kozendrze do reprezentowania Konsorcjum w niniejszym postępowaniu;

celem stwierdzenia faktów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

- 2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 3) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum jako złożonej bez odbycia wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej;
- 4) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na: wezwaniu odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórnym wyborze oferty najkorzystniejszej i wyborze oferty odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu;
- 5) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) i 2) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej wnoszę:

- 1) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Konsorcjum do

złożenia

wyjaśnień

w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych;

- 3) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) - 4) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej wnoszę:

- 1) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na: odrzuceniu oferty Konsorcjum jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 3) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na: wezwaniu odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórny wybór oferty najkorzystniejszej i wyborze oferty odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu;
- 4) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów ad. 1) – 6) odwołania lub ich cofnięcia przez odwołującego, z ostrożności procesowej wnoszę:

- 1) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu – Zaproponowanej funkcjonalności systemu dystrybucji posiłków wraz z ujęciem organizacji usługi, organizacji zespołu zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert w obu wariantach złożonej przez Konsorcjum;
- 3) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na: odrzuceniu oferty Konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 4) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na: wezwaniu odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, powtórny wybór oferty najkorzystniejszej i wyborze oferty odwołującego, która została sklasyfikowana jako druga w rankingu;
- 5) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, gdyż jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia, którego oferta sklasyfikowana została jako druga w rankingu i ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W razie uwzględnienia odwołania, oferta Konsorcjum będzie podlegać ponownemu badaniu, a po jego przeprowadzeniu i uznaniu przez zamawiającego, że podlega ona odrzuceniu, oferta odwołującego, jako oferta z najkorzystniejszą oceną zgodnie z kryteriami ustalonymi w postępowaniu oraz oferta niepodlegająca odrzuceniu będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał ponadto, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż wadliwa, naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i w konsekwencji niezgodna z Ustawą ocena ofert złożonych w postępowaniu, a w rezultacie wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, doprowadziły bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Uzasadnienie zarzutu złożenia oferty bez odbycia wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej.

Zgodnie z rozdziałem II ust. III SWZ ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, zamawiający zgodnie z art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – wymaga złożenia ofert po odbyciu wizji lokalnej. Mając na uwadze powyższe przed terminem złożenia oferty do niniejszego postępowania zostanie zorganizowana wizja lokalna celem uzyskania wszelkich informacji dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający uważa ją za niezbędną dla kompleksowego sporządzenia ofert. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem i złożeniem oferty. Zamawiający określa termin wizji lokalnej na dzień 09.08.2022 r. o godz. 10:00. Jednocześnie Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy, który nie odbędzie wizji lokalnej zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 131 ust. 2 PZP w przypadku, gdy zamawiający przewiduje możliwość albo jeżeli jest to konieczne ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, wymaga złożenia oferty po:

- 1) odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej lub
- 2) sprawdzeniu przez wykonawcę dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia dostępnych na miejscu u zamawiającego.

Jednocześnie zgodnie z art. 7 pkt 30) PZP Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót

budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wynika z Listy obecności wykonawców biorących udział w wizji lokalnej, stanowiącej załącznik do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygnaturze KIO 2100/22 w wizji brali udział przedstawiciele 3 podmiotów:

- 1) Impel Catering sp. z o. o. – p. K. K.
- 2) Fudeko S. A. – p. D. R.
- 3) Rekeep Polska – p. G. [brak możliwości odczytania nazwiska]

Dowód: kopia listy obecności na wizji lokalnej – fakt podlegający stwierdzeniu: obecność wykonawców na wizji lokalnej; brak obecności przedstawiciela Konsorcjum na wizji lokalnej.

Konsorcjum do złożonej przez siebie oferty, poza wymaganymi przez zamawiającego dokumentami, złożyło wyjaśnienia odnośnie do udziału w wizji lokalnej, strukturę organizacyjną Rekeep Polska oraz kopię maila wysłanego w dniu 08 sierpnia 2022 r. do zamawiającego o obecności przedstawiciela spółki Catermed sp. z o. o. na wizji. Wyjaśnienia Konsorcjum nie zasługują na uwzględnienie, a to z przyczyn podanych poniżej.

Dowód:

- 1) kopia wyjaśnień Konsorcjum z dnia 23 sierpnia 2022 r. odnośnie do uczestnictwa w wizji lokalnej;
- 2) struktura organizacyjnej grupy kapitałowej Rekeep;
- 3) kopia wiadomości e-mail z dnia 08 sierpnia 2022 r. od p. Izabeli Kozendry do zamawiającego;
  - fakt podlegający stwierdzeniu: brak odbycia przez Konsorcjum wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z odpisu aktualnego KRS Rekeep Polska S.A. jest odrębnym podmiotem, posiadającym nr NIP, REGON, KRS. Tym samym należy uznać, że Rekeep Polska S. A., na gruncie niniejszej sprawy, jest osobą prawną, która oferuje na rynku świadczenie usług, ubiegała się o udzielenie zamówienia (biorąc udział w wizji lokalnej, poprzez swojego przedstawiciela) i tym samym należy ją uznać za spełniającego przesłanki posiadania przymiotu wykonawcy.

Dowód: odpis z KRS Rekeep S. A. – fakt podlegający stwierdzeniu: niezależność podmiotowa Rekeep Polska S. A.

Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach wskazało, że Catermed sp. z o. o. oraz Jol-Mark sp. z o.o. należą do Rekeep Polska, jednakże w opinii odwołującego w żaden sposób nie konwaliduje to spełnienia wymagania zamawiającego odbycia przez wykonawcę wizji lokalnej przed złożeniem oferty. Z przedstawionej przez Konsorcjum struktury grupy oraz odpisów



z KRS poszczególnych spółek wynika, że Rekeep Polska stanowi grupę kapitałową, składającą się z podmiotów, pomiędzy którymi istnieje związek kapitałowy, tj.: Rekeep Polska S.A., jako jednostki dominującej oraz jednostek zależnych, w których jedynym lub większościowym udziałowcem jest Rekeep Polska S. A. (w tym Catermed sp. z o. o. i Jol-Mark sp. z o. o.).

Powyższe koresponduje z definicją grupy kapitałowej na gruncie:

a) ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, zgodnie z którą Ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej – rozumie się przez to jednostkę dominującą wraz z jednostkami zależnymi (vide: art. 3 ust. 1 pkt 44);

b) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którą Ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Z powyższego wynika, że grupa kapitałowa nie mieści się w zakresie pojęcia wykonawcy na gruncie przepisu art. 7 pkt 30) PZP, ponieważ jest to po prostu struktura, której elementami są samodzielne prawnie podmioty gospodarcze w postaci spółek kapitałowych. Tym samym – Konsorcjum nie może powoływać się na fakt, że Catermed sp. z o. o. i Jol-Mark sp. z o.o. „należą” do grupy kapitałowej Rekeep Polska, ani na fakt, że jedynym udziałowcem w tym spółkach jest Rekeep Polska S.A., ponieważ pomimo powiązań kapitałowych – spółki te pozostają odrębnymi osobami prawnymi.

Na uwzględnienie nie zasługuje również argument Konsorcjum, iż przesłał informację drogą e-mailową o obecności przedstawiciela spółki Catermed sp. z o.o. na wizji lokalnej. Należy wskazać, że mail został wysłany w dniu 08 sierpnia 2022 r. przez (jak można wywnioskować ze stopki mailowej) pracownika spółki Rekeep Polska S.A. (niebędącym członkiem Konsorcjum) – p. Izabelę Kozendrę, podczas gdy pełnomocnictwo do działania w niniejszym postępowaniu w imieniu Konsorcjum zostało jej udzielone dopiero 23 sierpnia 2022 r. Tym samym należy stwierdzić, że pracownik Rekeep S.A. poinformował zamawiającego

o obecności przedstawiciela wykonawcy Catermed sp. z o.o. na wizji lokalnej, do czego nie był uprawniony. *De facto* jest to równoznaczne z sytuacją, w której jeden wykonawca, składa oświadczenie w imieniu innego wykonawcy, nie będąc do tego umocowanym, co w ocenie odwołującego nie zasługuje na aprobatę.

Tylko na marginesie odwołujący wskazuje, że w wiadomości e-mail nie zostały podane żadne dane osobowe przedstawiciela, nie jest więc wykluczone, że przedstawiciel Catermed sp. z o.o. mógł po prostu nie wziąć wcześniej zapowiedzianego udziału w wizji.

Dowód: pełnomocnictwo z dnia 23 sierpnia 2022 r. udzielone przez Konsorcjum p. Izabeli Kozendrze do reprezentowania Konsorcjum w niniejszym postępowaniu – fakt podlegający

stwierdzeniu: brak umocowania p. Izabeli Kozendry do działania w imieniu Konsorcjum przed dniem 23 sierpnia 2022 r.

2. Uzasadnienie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny.

Jak wynika z Formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum, wykonawca ten oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia, którego rodzaj, ilość oraz parametry techniczne są zgodne z opisem wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówienia za kwotę:

Cena osobodnia (netto) 29,39 zł

8% VAT/ kwota VAT 2,35 zł

Cena osobodnia (brutto) 31,74 zł

Wsad do kotła netto 19,29 zł, brutto 20,83 zł.

W ocenie odwołującego, zaproponowana przez Konsorcjum cena jest nierealistyczna w świetle wymogów zamawiającego, wynikających z dokumentacji przetargowej. Z powyższego wynika bowiem, że udział procentowy tzw. wsadu do kotła wynosi aż 65,63% (!) ceny osobodnia netto. Oznacza to, że wszelkie pozostałe koszty niezbędne do wykonania usługi, tj. m.in. koszty wynagrodzeń pracowniczych, mediów, czynszu dzierżawy, kosztów wyposażenia dzierżawionej kuchni i utrzymania sprzętu niezbędnego do realizacji usługi w należytym stanie, Konsorcjum skalkulowało na poziomie 34,37%, co niewątpliwie świadczy o rażącym zaniżeniu istotnej części składowej ceny, o czym szczegółowo poniżej.

Odwołujący podnosi, iż w dokumentacji przetargowej zamawiający wyraźnie określił elementy cenotwórcze (poza „wsadem do kotła”) i minimalne wymagania, które wykonawcy zobowiązani są uwzględnić przy kalkulacji oferty, tj. m. in.:

a) koszt wynagrodzeń pracowniczych

Jak wynika z brzmienia art. 224 ust. 3 pkt 4) PZP wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

W dokumencie opisanym jako załącznik nr 6 do Umowy – WYKAZ WYMAGANYCH STANOWISK zamawiający przedstawił wykaz stanowisk pracowniczych jako wymagalne minimum dla zapewnienia bezawaryjnego i terminowego świadczenia usługi żywienia pacjentów. Zamawiający wskazał w nim, że minimalny dzienny wymiar czasu pracy wynosi ok. 155 roboczogodzin. Zamawiający potwierdził powyższe w odpowiedzi na pytanie nr 69 wskazując, że w załącznikach 6 oraz 6A podano minimalne ilości wymaganych stanowisk.

Natomiast na stronie 6 SWZ zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie stosunku pracy:

- a) osób wykonujących czynności związanych z gotowaniem i podgrzewaniem posiłków,
- b) osób wykonujących czynności związanych ze zmywaniem asortymentu kuchennego, sprzątnięciem dzierżawionych powierzchni,
- c) osób wykonujących czynności przewożenia posiłków, rozdysponowywania posiłków na rzecz pacjentów,
- d) osób wykonujących czynności związane z opracowywaniem jadłospisów zgodnych z wymogami zamawiającego.

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 13, odnoszące się do możliwości zatrudnienia pracowników na umowę zlecenia w przypadku nagłych i niespodziewanych nieobecności pracownika zatrudnionego na umowę o pracę zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na powyższe.

Mając na uwadze powyższe informacje, odwołujący dokonał stosownych obliczeń średniomiesięcznych kosztów pracowniczych, przyjmując następujące dane:

Tab. 1.

Średnia liczba dni w miesiącu	Średnia dzienna liczba żywionych wg SWZ (rozdział II, ust. I)	Średnia miesięczna liczba żywionych wg SWZ (30,42 dni w miesiącu x 290 osobodni)	Średnia miesięczna liczba godzin pracy na 1 etat	Minimalna dzienna liczba godzin pracy wg Załącznika nr 6	Minimalna miesięczna liczba godzin pracy wg Załącznika nr 6 (30,42 x 155)	Minimalna liczba etatów zgodnie z SWZ (4 715,1 / 168)
30,42	290	8 821,8	168	155	4 715,1	28,07

Zgodnie z decyzją Rady Ministrów wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę od początku 2022 roku wynosi 3 010,00 zł brutto. Powyższe oznacza, że minimalny koszt zatrudnienia pracownika w 2022 r. wynosi dla pracodawcy 3 626,46 złotych miesięcznie, co przy pomnożeniu przez liczbę pełnych etatów wymaganych przez zamawiającego, daje miesięcznie kwotę 101 794,73 złotych (3 626,46 x 28,07).

Jednakże, z uwagi na wymiar przysługującego każdemu pracownikowi urlopu, kwotę tę należy pomnożyć przez 13, a następnie podzielić przez 12, aby otrzymać średniomiesięczny koszt pracodawcy, przy uwzględnieniu konieczności wypłaty wynagrodzenia pracownikowi przebywającemu na urlopie i jednoczesne pokrycie kosztów zastępstwa tego pracownika, co daje łączną kwotę w wysokości 110 277,63 złotych.

Tab. 2

<b>Wynagrodzenie minimalne brutto</b>	<b>3 010,00 PLN</b>
---------------------------------------	---------------------

<b>Ubezpieczenie emerytalne</b>	<b>293,78 PLN</b>
<b>Ubezpieczenie rentowe</b>	<b>195,65 PLN</b>
<b>Ubezpieczenie wypadkowe</b>	<b>50,27 PLN</b>
<b>Fundusz pracy</b>	<b>73,75 PLN</b>
<b>FGŚP</b>	<b>3,01 PLN</b>
<b>Wynagrodzenie minimalne – koszt pracodawcy</b>	<b>3 626,46 PLN</b>

b) koszty mediów

Zgodnie z § 12 ust. 11 projektowanych postanowień umowy wykonawca zobowiązuje się płać zamawiającemu za dostarczane media (tzw. opłaty dodatkowe), w terminie do 15 – go każdego miesiąca na podstawie wystawionej przez zamawiającego faktury VAT, niżej podane kwoty:

a) energia elektryczna według wskazań licznika (zgodnie ze stawkami obowiązującymi zamawiającego),

b) ciepła woda/podgrzew wody według wskazań licznika (zgodnie ze stawkami obowiązującymi zamawiającego),

c) zimna woda + ścieki według wskazań licznika (zgodnie ze stawkami obowiązującymi zamawiającego),

d) centralne ogrzewanie na podstawie comiesięcznej faktury obciążeniowej zamawiającego w przeliczeniu na powierzchnię dzierżawioną w m<sup>2</sup>,

e) nieczystości stałe – ok. 960 zł brutto,

f) abonament telefoniczny – zgodnie ze stawkami obowiązującymi zamawiającego. Na dzień dzisiejszy koszty opłaty za następujące usługi wynoszą:

g) obsługa telefonu - 7,80 zł netto / 1 numer telefonu

h) za połączenia lokalne, strefowe, międzystrefowe – 0,04 zł netto/min połączenia

i) za połączenia do sieci komórkowych – 0,06 zł netto za min połączenia

j) za połączenia międzynarodowe – 0,23 zł netto/min połączenia

Jednocześnie w odpowiedziach na pytania nr 26 oraz 94 zamawiający wskazał, że średnia miesięczna wysokość kosztów mediów wynosi:

- energia elektryczna – 10 823,92 zł
- ciepła woda – 982,86 zł
- zimna woda: 3 416,22 zł
- centralne ogrzewanie: 3 980,06 zł

Wskazać należy, że obserwując obecną sytuację ekonomiczną nie jest możliwym, aby powyższe ceny, w toku realizacji usług uległy zmniejszeniu. Przeciwnie – jak wynika z prognozowanych wskaźników inflacji, koszty te ulegną zwiększeniu.

c) czynsz dzierżawy

Zgodnie z § 12 ust. 8 projektu umowy wykonawca zobowiązuje się płacić zamawiającemu czynsz dzierżawny w kwocie 1 700 zł (słownie: jeden tysiąc siedemset złotych) w tym należny podatek VAT w terminie do 15 - go każdego miesiąca na podstawie wystawionej przez zamawiającego faktury VAT. Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 97 zamawiający doprecyzował, że czynsz zawiera należny podatek VAT. Tym samym kolejnym kosztem, który wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w kalkulacji jest czynsz dzierżawny w wysokości 1 382,11 zł netto.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący zamieszcza poniżej kalkulację realizacji usługi w okresie jednego miesiąca zgodnie z ofertą złożoną przez Konsorcjum (stawka za osobodzień oraz wsad na osobodzień) oraz z uwzględnieniem struktury miesięcznych minimalnych, zgodnych z warunkami zamówienia kosztów realizacji usługi, na bazie udzielonych przez zamawiającego informacji, bez uwzględnienia jakichkolwiek dodatkowych kosztów takich jak np.: środki chemiczne, koszty utylizacji odpadów pokonsumpcyjnych, opakowania jednorazowe, odzież robocza, koszty utrzymania w sprawności wyposażenia kuchni w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji usługi.

Tab. 3

	Średnio miesięczna wartość Netto	Wynik netto
Przychód (29,39 zł x 8.821,8 osobodni)	+ 259 272,70 zł	259 272,70 zł
Wsad do kotła (19,29 zł x 8.821,8 osobodni)	- 170 172,52 zł	89 100,18 zł
Media (odpowiedziach na pytania nr 26 oraz 94)	- 19 203,06 zł	69 897,12 zł
Czynsz dzierżawy (§ 12 ust. 8 projektu umowy oraz odpowiedzi na pytanie nr 97)	- 1 382,11 zł	68 515,01 zł
Wynagrodzenia + urlopy (Załącznik nr 6 do Umowy oraz odpowiedzi na pytanie nr 69)	- 110 277,63 zł	- 41 762,62 zł
Pozostałe koszty (nie uwzględniono)	- zł	<b>(strata) – 41 762,62 zł</b>

Powyższa kalkulacja uwzględnia wyłącznie koszty podane przez zamawiającego, które są kosztami stałymi (jak np. czynsz) czy kosztami minimalnymi koniecznymi do poniesienia (jak np. wynagrodzenie minimalne), czy też kosztami założonymi na poziomie minimalnym w oparciu o dane rzeczywiste (np. koszty mediów). Z obliczeń wynika więc, że Konsorcjum, przy uwzględnieniu wyłącznie elementów cenotwórczych wskazanych przez zamawiającego, które każdy z oferentów był zobowiązany uwzględnić w kalkulacji, będzie ponosiło miesięcznie stratę w wysokości niemal 42 tys. zł. Nie dość, że cena osobodnia zaoferowana przez Konsorcjum jest niższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego, to Konsorcjum zadeklarowało „wsad do kotła” o niemal 18% wyższy od wsadu zaoferowanego przez

odwołującego. Tak wysokie koszty „wsadu do kotła” oraz koszty wskazane przez zamawiającego (media, czynsz) powodują, że na pokrycie kosztów pracy przez Konsorcjum pozostaje zaledwie 68 tys. złotych. Przyjmując koszty pracy na poziomie wynagrodzenia minimalnego oraz uwzględniając koszty wynagrodzeń urlopowych, Konsorcjum jest w stanie pokryć koszty pracy zaledwie 17 etatów, co daleko odbiega od oczekiwań zamawiającego oraz jest wysoce nieadekwatne w stosunku do możliwości należytego wykonania usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że cena zaproponowana przez Konsorcjum pozostaje w oderwaniu od oczekiwań zamawiającego wyrażonych zarówno w SWZ, jak i w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ oraz powinna wzbudzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego biorąc pod uwagę fakt, że każdy z oferentów ma obowiązek uwzględnienia w kalkulacji wszystkich czynników kosztowych wskazanych przez zamawiającego. Istotnie, łączna cena zaoferowana przez Konsorcjum nie odbiega rażąco od ofert pozostałych wykonawców, jednakże elementem oferty był również element kosztowy – „wsad do kotła”, który był przedmiotem oceny i punktacji przez zamawiającego i to w tym zakresie oferta Konsorcjum powoduje, że Konsorcjum nie jest w stanie wykonać zamówienia bez poniesienia bardzo wysokiej straty. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że łączna cena oferty Konsorcjum jest o blisko 17% niższa, niż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z uwagi na powzięte przez odwołującego wątpliwości, co do ceny zaoferowanej przez Konsorcjum, w dniu 9 września 2022 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie protokołu postępowania według stanu aktualnego na dzień udostępnienia wraz z następującymi załącznikami:

- 1) protokół z oceny ofert, przyznawania punktów w oparciu o podane w SWZ kryteria,
- 2) wszelką korespondencją wykonawcy Catermed sp. z o.o. prowadzoną z zamawiającym w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wezwaniami wykonawcy do złożenia dokumentów, wyjaśnień, odpowiedziami na wezwania zamawiającego.

W odpowiedzi na wniosek odwołującego, w dniu 12 września 2022 r. zamawiający udostępnił: protokół postępowania; komisijną ocenę ofert; wezwanie z dnia 29 sierpnia 2022 r. do złożenia przez Konsorcjum podmiotowych środków dowodowych; podmiotowe środki dowodowe złożone przez Konsorcjum.

Jak wynika z dokumentacji udostępnionej odwołującemu, Konsorcjum nie zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej istotnej części składowej ceny, co w ocenie odwołującego należy uznać za czynności niezgodną z przepisami ustawy.

Dowód: kopia wniosku Odwołującego z dnia 09 września 2022 r.; zrzut ekranu – dokumenty udostępnione przez zamawiającego w odpowiedzi na wniosek odwołującego; – fakt podlegający stwierdzeniu: wystąpienie przez odwołującego z wnioskiem o udostępnienie wszelkiej korespondencji zamawiającego z Konsorcjum po otwarciu ofert; brak wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Prawo zamówień publicznych wprowadza więc obowiązek badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena budzi wątpliwości, niezależnie od procentowego odstępstwa od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert bądź oszacowanej wartości zamówienia. Ustawodawca nie wyjaśnia znaczenia zwrotu „istotna część składowa”, chodzi więc o jego językowe rozumienie, tj. część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Obowiązek wyjaśniania ceny istotnego składnika zamówienia powstaje zawsze, gdy budzi ona wątpliwości. W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowym odchyleniu od takich wartości w ofertach innych wykonawców. Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, że wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski poziom (W. D. [w:] Ł. J., J. J., M. K., M. S., W. D. , Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 226).

Nie ulega wątpliwości, że elementy wymienione w Tabeli nr 3, tj. czynsz dzierżawy, media, oraz wynagrodzenia pracownicze są immanentnie związane z przedmiotem zamówienia, bez których nie byłaby możliwa jego realizacja. Jednocześnie podkreślenia wymaga,

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

Należy w tym miejscu na marginesie wskazać, że Konsorcjum nie może usprawiedliwiać zaniżonych kosztów wytworzenia posiłków (tj. kosztów składających się na cenę osobodnia

bez uwzględnienia „wsadu do kotła”) późniejszym ich kompensowaniem wynagrodzeniem za „wsad do kotła”, ponieważ zadeklarowany przez wykonawców procentowy stosunek „wsadu do kotła” ceny 1 osobodnia jest wartością stałą, za którą Konsorcjum otrzymało najwyższą liczbę punktów. Tym samym, w toku realizacji Umowy Wykonawca nie może obniżyć tej wartości procentowej i nadwyżki powstałej z tego tytułu przeznaczyć na pokrycie innych kosztów niezbędnych dla prawidłowej realizacji usługi.

Powyższe analizy bezwzględnie dowodzą, iż istotne części składowe ceny zaoferowanej przez Konsorcjum wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co z kolei powinno skutkować wezwaniem Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty.

### 3. Uzasadnienie ewentualnego zarzutu złożenia oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Z daleko idącej ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu ad. 1) i 2), odwołujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przepis ten uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji tzw. zaniżanie cen. Przejawem manipulacji cenowej jest więc nie tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźne odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami uzyskania.

W praktyce stosowania PZP2004 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż najczęściej takie odrzucenia dotyczyły m. in. stosowania przez wykonawcę „inżynierii cenowej lub ofertowej” polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego



wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy więc uznać sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Jednym z czynów nieuczciwej konkurencji jest także manipulowanie kosztami, by wyeliminować z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców.

Żaden z wykonawców, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który manipuluje cenami. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania. Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie – o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług”.

#### 4. Uzasadnienie zarzutu złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy (w tym Konsorcjum) zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokument – Zaproponowana funkcjonalność systemu dystrybucji posiłków wraz z ujęciem organizacji usługi, organizacji zespołu zgodnie z opisem kryteriów oceny ofert. Mając na uwadze powyższe odwołujący nie posiada wiedzy co do zastosowanego przez Konsorcjum ujęcia organizacji usługi oraz organizacji zespołu. Jednakże z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, odwołujący podnosi, że (jak już zostało wspomniane w odwołaniu) przyjmując koszty pracy na poziomie wynagrodzenia minimalnego oraz uwzględniając koszty wynagrodzeń urlopowych, Konsorcjum jest w stanie pokryć koszty pracy zaledwie 17 etatów.

Zgodnie z Komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP nakazuje odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 PZP, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, która polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych

warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 PZP. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle PZP wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie 1 osoby na 2 różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia).

Jak już zostało wskazane w dokumencie opisanym jako Załącznik nr 6 do Umowy – WYKAZ WYMAGANYCH STANOWISK zamawiający przedstawił wykaz stanowisk pracowniczych jako wymagalne minimum dla zapewnienia bezawaryjnego i terminowego świadczenia usługi żywienia pacjentów. Zamawiający wskazał w nim, że minimalny dzienny wymiar czasu pracy wynosi ok. 155 roboczogodzin. Zamawiający potwierdził powyższe w odpowiedzi na pytanie nr 69 wskazując, że w załącznikach 6 oraz 6A podano minimalne ilości wymaganych stanowisk. Tym samym, jeśli w zaproponowanym przez Konsorcjum ujęciu organizacji usługi oraz organizacji zespołu, Konsorcjum przewidziało realizację usługi za pomocą mniej niż 28 etatów należy stwierdzić, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdza, że wybór oferty Konsorcjum został dokonany z naruszeniem przepisów PZP, wobec czego jego złożenie należy uznać za konieczne i uzasadnione.

Jednocześnie, z najdalej idącej ostrożności procesowej, odnośnie do podniesionych zarzutów ewentualnych odwołujący wskazuje, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 1 czerwca 2020 r. (KIO 520/20), że Izba nie mogąc orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu obowiązana jest, *a contrario*, orzec co do zarzutów jakie w odwołaniu zostały podniesione. Przepisy p.z.p. w zakresie postępowania odwoławczego przed Izbą w inny sposób, niż ma to miejsce w procedurze cywilnej, podchodzą do formułowania i rozpatrywania zarzutów ewentualnych zawartych w odwołaniu. Żaden przepis p.z.p. nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, co następuje.

I. Zarzut dotyczący wizji lokalnej.

W zakresie przedmiotowego zarzutu zamawiający również dostrzegł krótką listę obecności przedstawicieli wykonawców. Co więcej zamawiający w innym postępowaniu prowadzonym przez Krajową Izbę Odwoławczą sygn. KIO 2100/22 sygnalizował potencjalną możliwość odrzucenia oferty z uwagi na brak obecności przedstawiciela Spółki na wizji lokalnej. Jednak po wpłynięciu ofert w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający dokonał ponownej analizy i zdecydował o tym, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Za powyższym przemawiały następujące argumenty:

- 1) lista obecności została tak skonstruowana, że w okienku, w którym należało wpisać nazwę Spółki, można było wpisać wyłącznie jedną nazwę,
- 2) zamawiający nie wymagał przedłożenia przez przedstawicieli pełnomocnictw, ani upoważnień, dlatego nie można wykluczyć, że ten sam przedstawiciel był upoważniony do reprezentowania kilku podmiotów gospodarczych,
- 3) Catermed Sp. z o.o. mailowo zapowiedział obecność swojego przedstawiciela,
- 4) Pan G. Ś. pojawił się na wizji lokalnej wskazując, że reprezentuje grupę kapitałową Rekeep,
- 5) informacją powszechnie znaną jest fakt, że w skład grupy kapitałowej Rekeep wchodzi szereg podmiotów, w tym m.in. spółki pod nazwą Naprzód, Catermed Sp. z o.o., czy też Jol-Mark Sp. z o.o.,
- 6) oferta złożona przez Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. została sporządzona na papierze firmowym Rekeep,
- 7) do oferty zostały dołączone wyjaśnienia wskazujące, że Pan G. Ś. reprezentował Catermed Sp. z o.o. na wizji lokalnej.

W tych okolicznościach zamawiający nie mógł odrzucić oferty złożonej przez Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o., albowiem uzyskał wystarczającą informację, że Pan G. Swierdzewski na wizji lokalnej reprezentował Catermed Sp. z o.o.

Tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego jest w całości chybiony.

II. Zarzut dotyczące oferty cenowej przedłożonej przez Catermed Sp. z o.o.

Niestety wskazać należy, że wskazane zarzuty odwołującego dotyczące ceny oferty najkorzystniejszej mają charakter pozorny, gdyż rzeczywistą przyczyną złożenia przez FUDEKO S.A. odwołania w niniejszej sprawie jest wynik postępowania, który dla odwołującego nie jest zadowalający. Całe uzasadnienie opiera się bowiem na zestawieniu wyliczeń kosztów minimalnych, jakie wyliczył FUDEKO S.A., a cenami, jakie przedłożyli w ofertach podstawowej i wariantowej Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o.

Analizując uzasadnienie złożonego odwołania trudno nie wysnuć wniosku, że zostało ono złożone na potrzeby ochrony pracowników odwołującego, odpowiedzialnych za przygotowanie oferty w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Zarówno bowiem oferta podstawowa, jak i wariantowa FUDEKO S.A. przewyższały oferty innych wykonawców.

W ocenie zamawiającego potwierdza to fakt istotnego przeszacowania ofert przez FUDEKO S.A. oraz próbę pozyskania znacznie zawyżonego wynagrodzenia za świadczone usługi w ramach umowy. Należy stanowczo zaznaczyć, że w toku prowadzonego postępowania, po otwarciu ofert nie zaistniały nawet przesłanki z art. 224 ust. 2 PZP, które uzasadniałyby kierowanie przez zamawiającego korespondencji celem udzielenia dodatkowych wyjaśnień. Złożone przez Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. oferty nie były 30% niższe od wartości szacunkowej. Symptomatyczne jest, że inny oferent, a mianowicie IMPEL Catering Sp. z o.o. również złożył odwołanie w sprawie wskazując, że zarówno oferty FUDEKO S.A., jak i Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. były zaniżone. Ostatecznie odwołanie w sprawie KIO 2414/22 zostało cofnięte.

W ocenie odwołującego oferty Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. zostały zaniżone w zakresie kosztów wynagrodzeń pracowniczych, mediów, czynszu dzierżawy, kosztów wyposażenia dzierżawionej kuchni i utrzymania sprzętu niezbędnego do realizacji usługi w należytym stanie. Na dowód swoich argumentów odwołujący przedstawił własne wyliczenia, wskazujące na potencjalną stratę Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. W ocenie zamawiającego takie wyliczenia nie są wystarczające dla uznania, że ceny ofert najkorzystniejszych zostały istotnie zaniżone.

Jak wynika z doświadczenia zamawiającego, potwierdzonego w toku niniejszego postępowania każdy z oferentów sam dokonuje szacowania swoich ofert. Dla przykładu według szacunków IMPEL Catering Sp. z o.o., oferty złożone przez FUDEKO S.A. oraz Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. były zaniżone, natomiast według szacunków FUDEKO S.A. zaniżone były oferty złożone przez Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o. Dla zamawiającego decydujące znaczenia mają jednak przepisy zawarte w art. 224 ust. 2 PZP oraz zestawienie złożonych ofert w stosunku do wartości szacunkowej przyjętej przez zamawiającego. W sytuacji, w której nie zostały spełnione przesłanki z przedmiotowego przepisu, a zatem ceny złożonych ofert nie były niższe o 30% od wartości szacunkowej przyjętej przez zamawiającego, brak było jakichkolwiek podstaw do kierowania wezwań

o wyjaśnienie. Tym samym brak było również podstaw do odrzucenia przedmiotowych ofert. Takie podstawy nie zostały również przedstawione w odwołaniu wniesionym przez FUDEKO S.A., co czyni podniesione przez odwołującego zarzuty jako całkowicie chybione.

Przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Catermed Sp. z o.o. wraz z Jol-Mark Sp. z o.o., popierali stanowisko zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępującego.

Zarzut nr 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na okoliczność, iż w ocenie odwołującego wykonawca nie uczestniczył w przewidzianej i wymaganej przez zamawiającego wizji lokalnej.

Wskazać należy, iż zamawiający w treści SWZ wprowadził obowiązek uczestnictwa przyszłych wykonawców w wizji lokalnej przewidzianej na określony dzień, rozdział II ust. III SWZ *„Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający zgodnie z art. 131 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – wymaga złożenia ofert po odbyciu wizji lokalnej. Mając na uwadze powyższe przed terminem złożenia oferty do niniejszego postępowania zostanie zorganizowana wizja lokalna celem uzyskania wszelkich informacji dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający uważa ją za niezbędną dla kompleksowego sporządzenia ofert. Wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z przygotowaniem*

*i złożeniem oferty. Zamawiający określa termin wizji lokalnej na dzień 09.08.2022 r. o godz. 10:00. Jednocześnie Zamawiający informuje, że oferta Wykonawcy, który nie odbędzie wizji lokalne zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo zamówień publicznych”.*

W dniu przewidzianym na przeprowadzenie wizji lokalnej stawiły się trzy osoby. Odwołujący kwestionuje okoliczność, że osoba uczestnicząca w wizji lokalnej Pan G. Ś., nie reprezentowała przystępującego. Okoliczność tę wywodzi z faktu, iż na liście obecności w rubryce dotyczącej „Nazwy firmy i siedziby” ww. osoba wpisała „Rekeep Polska”, która to firma nie złożyła oferty w przedmiotowym postępowaniu (dowód: kopia listy obecności).

Stanowisko odwołujący należało ocenić jako niezasadne, co najmniej w trzech płaszczyznach. Po pierwsze zamawiający na etapie przed składaniem ofert nie żądał, aby osoby biorące udział w wizji lokalnej legitymowały się stosownymi pełnomocnictwami, które zamawiający mógłby zweryfikować. Po drugie nazwa firmy podana na liście obecności to nazwa grupy kapitałowej w skład której wchodzi kilka podmiotów realizujących zadania objęte m.in. przedmiotem zamówienia, w tym firmy składające ofertę w przedmiotowym postępowaniu (przystępujący). Po trzecie zamawiający uzyskał informację, iż z ramienia spółki Catermed sp. z o.o. na wizji lokalnej będzie uczestniczyła odpowiednio reprezentująca tę spółkę osoba (dowód: e-mail z dnia 8 sierpnia 2022 roku).

Biorąc powyższe po uwagę, Izba stwierdziła, że brak było podstaw do twierdzenia, że osoba uczestnicząca w wizji lokalnej z ramienia spółki Catermed sp. z o.o. nie reprezentowała przyszłego wykonawcy (przystępującego) w postępowaniu, gdyż jak to wynika z akt sprawy Pan G. Ś. z dniem 1 grudnia 2020 roku, na mocy przepisu art. 23<sup>1</sup> Kodeksu Pracy stał się pracownikiem firmy Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, co potwierdza dowód złożony na rozprawie – zawiadomienie zarządu spółki Jol-Mark z dnia 1 grudnia 2020 roku oraz zawiadomienie z dnia 31 października 2020 roku, spółki Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi o tym, iż z dniem 1 grudnia 2020 roku, w trybie ww. przepisu następuje przejście części zakładu pracy Catermed sp. z o.o. stanowiącej placówkę zatrudnienia – do spółki Jol-Mark sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach i w związku z tym z dniem 1 grudnia 2020 roku Pan (...) staje się pracownikiem ww. spółki (dowód: zawiadomienie z dnia 31 października 2020 r.).

Ponadto na rozprawie ustanowiony w sprawie pełnomocnik przystępującego Pan (...) jednoznacznie oświadczył, a co za tym idzie potwierdził, że brał udział w wizji lokalnej z ramienia spółki CATERMED będąc jednocześnie pracownikiem sp. JOL-MARK, a obie te firmy wchodzi w skład grupy kapitałowej Rekeep Polska. Polecenie reprezentowania sp. CATERMED otrzymał od Pana Rafała Urbanowicza dyrektora do spraw nadzoru sp. CATERMED.

Dodatkowo wskazać należy, iż przystępujący w wyjaśnieniach przesłanych zamawiającemu oświadczył, iż przedstawicielem wykonawcy był pan G. Ś. wpisany na liście obecności wierszu 3. Oświadczył, iż zarówno firma Catermed sp. z o.o., jak i Jol-Mark sp. z o.o. należą do Rekeep Polska zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej spółki. Ponadto wykonawca w dniu 8 sierpnia 2022 roku przesłał informację drogą mailową o obecności przedstawiciela spółki Catermed sp. z o.o. na wizji lokalnej (dowód: oświadczenie przystępującego).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

W związku z faktem, iż pozostałe zarzuty odwołującego dotyczą tych samych okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi różne skutki prawne, Izba kompleksowo odniosła się do tych zarzutów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jako zawierającej rażąco niską istotną część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazując na okoliczności stanowiące podstawę stawianych zarzutów przedstawił kalkulację własną i założenia jakie przyjął w tej kalkulacji uwzględniając dane jakie przewidział do realizacji tego zamówienia zamawiający w dokumentacji postępowania oraz dane wynikające bezpośrednio z treści oferty przystępującego. W ocenie Izby ocena dokonana przez odwołującego oraz wyliczenia poczynione przez niego stanowią jedynie własne założenia jakie przyjął do realizacji tego kontraktu odwołujący. Nie uwzględniają okoliczności, które dedykowane są danemu wykonawcy, gdyż wykonawca składający swoją ofertę, w tym przypadku przystępujący, mógł uwzględnić, a jak wynika to z przebiegu rozprawy uwzględnił, właściwe temu wykonawcy istotne warunki realizacji zamówienia w tym *know-how* wykonawcy, polegające na uwzględnieniu w realizacji tego zamówienia szeregu elementów, które dedykowane są temu wykonawcy, a których nie uwzględnił odwołujący w swojej kalkulacji.

Takimi elementami istotnie wpływającymi na wycenę oferty były następujące okoliczności. Przystępujący uwzględnił, że do realizacji zamówienia tak zwany „wsad do kotła” będzie realizował za pomocą produktów wstępnie już obrobionych, a co za tym idzie nieco droższych przy zakupie, ale jednocześnie nakład pracy potrzebny w przypadku ich całościowego obrobienia i przygotowania został zminimalizowany w ten sposób, że półprodukty wymagają jedynie podgrzania bądź też końcowej obróbki przed podaniem.

Drugim z elementów uwzględnionym przez przystępującego jest okoliczność, iż grupa kapitałowa Rekeep Polska realizuje swoje kontrakty z udziałem osób o różnym stopniu

niepełnosprawności, co z kolei generuje dodatkowe korzyści polegające na tym, iż z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (PFRON) otrzymuje dofinansowanie do wynagrodzenia osób zatrudnionych do realizacji tego typu zadań. Generuje to dodatkowe oszczędności.

Kolejną okolicznością przemawiającą za uznaniem, iż cena oferty przystępującego jest prawidłowa i nie stanowi rażąco niskiej ceny jest fakt, iż przystępujący przewidział, że w kuchni, w której będzie wykonywał zamówienie, ze względu na jej bardzo dużą powierzchnię, będzie realizował zlecenia również dla innych podmiotów, co z kolei przełoży się na obniżenie kosztów jednostkowych związanych z przygotowaniem posiłków, gdyż jak wynika z dokumentacji postępowania dziennie ma być wydawanych około 290 posiłków a przystępujący planuje w kuchni zamawiającego wykonywać około 2000 posiłków, co z kolei przekłada się na obniżenie ceny jednostkowej posiłku. Z prostego porównania wynika, że inny będzie koszt jednostkowy w przypadku przygotowania 290 posiłków, a inny w przypadku przygotowania 2000 posiłków.

Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż czyn taki może być stwierdzony jedynie w przypadku, gdy wykonawca ewentualną stratę jaką przewidział w realizacji danego kontraktu będzie finansował z innego kontraktu. W przedmiotowej sytuacji taka okoliczność nie występuje.

Z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez przystępującego wynika również, że przedmiot zamówienia był prawidłowo oszacowany i wyceniony i przystępujący przewidział wszystkie okoliczności jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia.

Okolicznością również sprzyjającą przystępującemu jest fakt, że w związku z tym, iż posiłki będą przygotowane przygotowywane z półproduktów już wstępnie obrobionych koszty pracy kuchni również mogą być zminimalizowane.

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....



