Sygn. akt: KIO 545/23

WYROK

z dnia 15 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Wsparcia Społecznego na Przedwiośniu z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 545/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Centrum Wsparcia

Społecznego na Przedwiośniu z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i nakazuje temu Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni oraz nakazuje temu Zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz ze zm.),

2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Wsparcia Społecznego na

Przedwiośniu z siedzibą w Warszawie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Centrum Wsparcia Społecznego na Przedwiośniu z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 wraz 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……

KIO 545/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Centrum Wsparcia Społecznego na Przedwiośniu z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Świadczenie usługi zbiorowego żywienia mieszkańców Centrum Wsparcia Społecznego „Na Przedwiośniu" przy ul. Przedwiośnie 1 w Warszawie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i wyposażenia, numer referencyjny postępowania: CWS.DAG.251.2.MM/2023/6DP/UM.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia o zamówieniu: 2023/BZP 00045371/01.

Zawiadomienie o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego: Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni oraz wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Catermed sp. z o.o., zwanego dalej Przystępującym i odrzuceniu oferty Odwołującego zostało przekazane Odwołującemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 22 lutego 2023 r.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 27 lutego 2023 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby na:

1) niezgodną z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022

r., poz. 1710 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na uznaniu za nieprawidłowe zastrzeżenie przez Odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

2) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego i dokumentów wskazanych jako elementy stanowiące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;

3) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego;

ewentualnie:

3a) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego bez uprzedniego skierowania do Odwołującego powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, których wyjaśnienia Zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu w

sytuacji, gdy Odwołujący złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające zakresowi pierwotnie wystosowanego wezwania;

4) niezgodną z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i niezawierającej najniższej ceny, przy pominięciu oferty Odwołującego, która nie powinna była podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej jako: „uznk" w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 PZP poprzez uznanie za nieprawidłowe zastrzeżenie przez Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie ustawowych przesłanek pozwalających na objęcie w/w dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

2) art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 18 ust. 2 i 3 PZP poprzez odtajnienie wyjaśnień Odwołującego i dokumentów wskazanych jako elementy stanowiące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie ustawowych przesłanek pozwalających na objęcie w/w dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wyjaśnienia Odwołującego wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, która to nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu ad. 3):

3a) art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP art. 224 ust. 1 i 6 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego skierowania do Odwołującego ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie kwestii, których wyjaśnienia Zamawiający nie wymagał w pierwszym wezwaniu w sytuacji, gdy Odwołujący złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające zakresowi pierwotnie wystosowanego wezwania;

4) art. 239 ust. 1 i 2 PZP poprzez wadliwe dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieprzedstawiającej najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny i niezawierającej najniższej ceny, przy pominięciu oferty Odwołującego, która nie powinna była podlegać odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe wnosił:

1) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy

Catermed jako najkorzystniejszej;

2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu

utajnienia wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami:

3) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. b) PZP o unieważnienie czynności

Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;

4) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu

powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

5) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu

dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

6) na podstawie art. 573 PZP o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz

Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W ocenie Odwołującego - odtajnienie jego wyjaśnień, odrzucenie jego oferty oraz wybór oferty innego Wykonawcy dokonany został z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

I. Zarzut odtajnienia wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 22 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o podjęciu decyzji o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, ponieważ uznał je za nieprawidłowe.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, z powodu nieprawidłowego ich zastrzeżenia i nie wykazania, aby w/w informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego - w stosunku do przedmiotowych wyjaśnień wraz z załącznikami występują wszystkie przesłanki uprawniające Odwołującego do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty te niewątpliwie mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, a Odwołujący podjął w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Odwołujący nie zgodził się także ze stwierdzeniem Zamawiającego, iż uzasadnienie okazało się lakoniczne, szczątkowe, mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia). W szczególności jednak Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia ceny i kosztorysy ofertowe (kalkulacje), które posiadają ceny jednostkowe oraz stanowią podstawę sposobu obliczenia ceny są jawne i publicznie dostępne.

Według Odwołującego - Zamawiający nie zapoznał się z uzasadnieniem z należytą uwagą i to raczej pismo Zamawiającego nie odnosi się indywidualnie do wyjaśnień i ma charakter sztampowy, blankietowy. W szczególności biorąc pod uwagę twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący w zupełności nie wykazał jakie i czy w ogóle podjął działania niezbędne dla zachowania poufności, podczas gdy Odwołujący enumeratywnie wskazał te działania na stronie 3. zastrzeżenia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Biorąc pod uwagę wyżej zacytowaną legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego zostały prawidłowo utajnione.

Odwołujący zadeklarował, że w wyjaśnieniach odniósł się do części składowych ceny ofertowej oraz przedłożył dowody na potwierdzenie jej wysokości, co niewątpliwie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego.

Wywodził, że rozbicie cenowe, jako informacja o sposobie kalkulacji ceny ofertowej, przedstawia samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony tej informacji przed bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość tej informacji wynika z faktu, że zawiera ona dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy, z kolei konkurenci mogliby pozyskać informacje, umożliwiłyby im przewidywanie stosowanej przez Odwołującego strategii budowania ceny, oferowanie ceny niższej, czy wprost stosować tejże strategii.

Zdaniem Odwołującego - pozyskanie tych danych przez konkurentów dawałoby im przewagę na rynku w przyszłych przetargach, co prowadzi do wniosku, że zastrzeżone informacja mają – w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego – wartość gospodarczą dla Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, w przekonaniu Odwołującego - w/w informacje stanowią wartość gospodarczą przedsiębiorstwa Odwołującego, gdyż obrazują rozwiązania zastosowane przy kalkulacji ceny jego oferty na potrzeby Zamawiającego. Zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały wobec nich podjęte niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy, co zostało wskazane w treści uzasadnienia.

Odwołujący podniósł, że nie dysponuje zatem wiedzą, w jaki sposób miałby wykazać, iż zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, aniżeli zapewnić Zamawiającego o tym fakcie, wymieniając jednocześnie krąg osób, którym te informacje są znane. Nie jest możliwym przedstawienie dowodów na okoliczność, że coś nie miało miejsca (w tym przypadku, że dana informacja nie została upubliczniona). Możliwym jest jedynie wykazywanie jakie starania zostały podjęte celem zabezpieczenia danych, tj. wystarczającym jest w tym zakresie uprawdopodobnienie, które Odwołujący zaprezentował w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący oświadczył również, że nie traktuje przysługującego mu prawa do zastrzegania tajemnicy pewnych informacji jako narzędzia do niezasadnego ograniczania konkurencyjności, ale wyłącznie jako mechanizm niezbędny do

wdrożenia celem ochrony informacji mających dla niego wymierną wartość gospodarczą. Zamawiający uzasadniając decyzję o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego, w żaden sposób nie odnosi się do charakteru prowadzonego postępowania czy zróżnicowanych możliwości wykazywania przez Odwołującego wartości gospodarczej poszczególnych informacji.

Argumentował przy tym, że w treści pisma o odtajnieniu Zamawiający odwołuje się w sposób wybiórczy do uzasadnienia zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego -przywołując wyłącznie te elementy, które dla uzasadnienia przyjętej tezy w jakikolwiek sposób mogłyby być korzystne. Takie działanie Zamawiającego trudno uznać za wyraz decyzji uwzględniających całokształt okoliczności sprawy, a wyłącznie za emanację bezwzględnego podporządkowania zasadzie jawności postępowania.

Zdaniem Odwołującego - zasada jawności postępowania ustanowiona za pomocą art. 18 ust. 1 PZP nie ma charakteru nieograniczonego, a dodatkowo nie może być interpretowana z wyłączeniem zasady proporcjonalności. Ta nie została, jak się wydaje Odwołującemu, uwzględniona przez Zamawiającego, skoro, bazując na wybiórczej i autorytarnej argumentacji, dąży on do ujawnienia informacji, które nie były wymagane w ramach oferty i nie zostały określone przez wykonawców konkurencyjnych, a obrazują przede wszystkim szczegółową politykę wyceny oferty Odwołującego, jego założenia

koncepcyjne i dostrzeżone przez niego obszary optymalizacji. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska, iż zastrzeżone przez Odwołującego informacje, których odtajnienie jest kwestionowane niniejszym odwołaniem, nie zasługują na ochronę, oznaczałoby brak możliwości realnego skorzystania z prawa do utajniania dokumentów w procedurze udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem wyobrazić sobie bardziej wrażliwe dane niż informacje składane w ramach wyjaśnień w zakresie ceny oferty, które z założenia wymagają pewnego określenia założeń koncepcyjnych czy optymalizacyjnych i realizacyjnych.

Zarzucił Zamawiającemu, że zasadność odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Odwołującego oparł przede wszystkim na autorytarnym stwierdzeniu, iż Odwołujący nie wykazał spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, koncentrując swoją uwagę przede wszystkim na braku wykazania wartości gospodarczej utajnionych informacji i braku wykazania przez Odwołującego spełnienia przesłanek warunkujących uznanie zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego - pojęcie wykazania, którym ustawodawca posługuje się w treści art. 18 ust. 3 PZP nie zostało doprecyzowane poprzez określenie konkretnych czynności niezbędnych do podjęcia przez wykonawcę.

Przekonywał, że każdorazowo pojęcie to, w zależności od charakteru zastrzeganych informacji czy okoliczności faktycznych sprawy, będzie więc nośnikiem odmiennych obowiązków nałożonych na Wykonawcę.

Argumentował, że kierując się tak literalnym znaczeniem tego pojęcia, jak i poglądami doktryny i orzecznictwa, należałoby uznać, że sformułowaniu „wykazać" najbliżej jest do sformułowań „uprawdopodobnić" czy „rzeczowo uzasadnić".

Zdaniem Odwołującego - wykazanie nie jest równoznaczne z koniecznością udowodnienia czy posłużenia się konkretnymi środkami mającymi potwierdzać daną okoliczność. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wyraził pogląd, że pojęcie wykazał użyte w art. 18 ust. 3 PZP nie jest równoznaczne z pojęciem udowodnił lub przedstawił dowody, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte. Według niego - uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w art. 18 ust. 3 PZP chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby

wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach ustawy PZP (np. art. 226 ust. 6 PZP).

Dalej wywodził, że użyte w treści przepisu art. 18 ust. 3 PZP pojęcie wykazał należy rozumieć jako rzeczowo uzasadnił. Oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniósł, że przepisy PZP jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez Wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. W art. 18 ust. 3 p.z.p. taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony.

Zdaniem Odwołującego - w świetle przepisów PZP nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami „wykazać" oraz „udowodnić", natomiast wyciąganie wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji wobec faktu zaniechania przedłożenia dowodów, do których załączenia nie był zobowiązany, stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego.

Informacja o odtajnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa - w ocenie Odwołującego - zdaje się wyrażać oczekiwanie udowodnienia wszelkich twierdzeń w odniesieniu do każdej z kategorii dokumentów, które składają się na rzeczową argumentację przedstawioną przez Odwołującego.

Odwołujący przyjął również, że w odniesieniu do wykazywania wartości gospodarczej poszczególnych informacji, Zamawiający całkowicie zignorował kategorie informacji, które zostały zastrzeżone przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego - objęte wyjaśnieniami informacje, których zastrzeżenie dotyczy, są niepowtarzalne, szczegółowe, charakteryzują się cechą wyjątkowości dostępnej dla Odwołującego i stanowią know-how przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zauważył, ze wszelkie podane w wyjaśnieniach informacje wynikają z poufnych dokumentów.

Nie powinno więc budzić wątpliwości, że utajnione informacje pozwalają skwantyfikować się w postaci wartości o charakterze finansowym, przy czym wartość ta ma

wymiar obiektywny. Powyższe okoliczności stanowią również potwierdzenie, że ujawnienie zastrzeżonych informacji może spowodować naruszenie interesów Odwołującego, a szkoda stąd wynikła nie będzie miała charakteru hipotetycznego, lecz konkretną wartość majątkową.

Podsumowując, zaznaczył, że Wykonawca uczynił zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzegane informacje nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom.

II. Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 22 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, ponieważ zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska. W ocenie Odwołującego czynność dokonana przez Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy PZP, a to z przyczyn podanych poniżej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty (pismo z dnia 22 lutego 2023 r.), Zamawiający wskazał brak wyjaśnienia elementu kosztowego „wsad do kotła" (brak wskazania sposobu obliczenia stawki wyżywienia/osobodnia „wsadu do kotła"), brak przełożenia kosztów zatrudnienia na kwotę jednostkową oraz brak powiązania przedstawionych wyliczeń z dowodami. Ze stanowiskiem tym Odwołujący się nie zgodził.

Zauważył, że w wezwaniu z dnia 8 lutego 2023 r. Zamawiający oczekiwał:

1) złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej wyżywienia osobodnia w złożonej ofercie;

2) potwierdzenia, że wartości jednostkowe oraz cena ofertowa zapewniają realizację zamówienia w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy;

3) potwierdzenia, że przyjęta cena oferty zagwarantuje realizację wskazanych obowiązków oraz zysku przedsiębiorcy;

4) że w ramach wyjaśnień Wykonawca przedłoży dowody potwierdzające i uprawdopodabniające przyjęte do kalkulacji założenia, przy czym jako jeden z środków dowodowych Zamawiający wymienił kalkulacje własne, czy też podstawy do stosowania niższych stawek niż minimalne, opisy wybranych rozwiązań służących obniżeniu kosztów.

Biorąc pod uwagę zakres wezwania Zamawiającego stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego w całości temu zakresowi odpowiadają, bowiem Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację własną, wskazując na poszczególne pozycje składające się na wysokość jego wynagrodzenia w zakresie stawki osobodnia żywienia, w tym zysk.

Odwołujący przekonywał również, że potwierdził także, że wartości jednostkowe oraz cena ofertowa zapewniają realizację zamówienia w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, przedstawiając wyliczenia w zakresie kalkulowanego wynagrodzenia pracowników, w dodatku ponad kwotę minimalną wynikającą z obowiązujących przepisów prawa.

Wyjaśnił przy tym, że w celu wykazania podstaw do zastosowania stawek niższych niż minimalne Odwołujący przedstawił umowę o pracę jednej z zatrudnionych przez niego osób, posiadającą umiarkowany stopień niepełnosprawności, której wynagrodzenie dofinansowywane jest z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych.

Wskazał również, że w celu wykazania wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, Odwołujący przedłożył przykładowe dokumenty rozliczeniowe, z których wynika jego uprawnienie do zastosowania określonego upustu w zakresie produktów żywieniowych, które Zamawiający wymienił w OPZ (ryby – makrela, tuńczyk, śledź; mięso – np. wieprzowina, klopsiki, kiełbasa, łopatka; nabiał – np. ser żółty; dżem; wędliny; produkty zbożowe – np. mąka, ryż; warzywa – np. sałata, płatki), w stosunku do cen rynkowych, które to stanowią informacje publicznie i powszechnie dostępną, zarówno na stronach internetowych wymienionych kontrahentów, jak i stacjonarnie w sklepach.

Zaznaczył, że przedstawienie takich dokumentów wynika z faktu, że wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją przedmiotowego zamówienia polegają na wypracowanych rabatach, które stanowią przewagę konkurencyjną i należą do nadzwyczajnych elementów kalkulacyjnych.

Argumentował, że w celu wykazania oryginalności usług i przedstawienia sposobu zarządzania procesem świadczonych usług, które powodują możliwość zaoferowania wskazanej ceny ofertowej Odwołujący wskazał, iż w ramach własnych struktur i zasobów kadrowych do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje Kierownika oraz dietetyka Regionalnego, co nie będzie generowało dla Odwołującego dodatkowego kosztu w postaci konieczności zatrudnienia dwóch dodatkowych osób.

Podkreślił, iż w wezwaniu z dnia 8 lutego 2023 r. Zamawiający nie wymagał od Wykonawcy wskazania sposobu obliczenia stawki wyżywienia/osobodnia „wsadu do kotła". Zamawiający wymagał jedynie złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej wyżywienia osobodnia, co też Odwołujący uczynił, przedstawiając kalkulację, z której

wynikają poszczególne elementy składające się na cenę jednostkową wyżywienia osobodnia.

Według Odwołującego - przepisy PZP nie regulują wprost kwestii dotyczącej, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Co do zasady brak jest zakazu kilkukrotnego wezwania. Stąd też Zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć z uwzględnieniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Powtórzenie wezwania do udzielenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających konieczność uszczegółowienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Dla przykładu, Odwołujący wskazał, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP może być np. konieczność uszczegółowienia czy też rozwinięcia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, które zostało przez zamawiającego sformułowane w sposób ogólny, powtarzający treść przytoczonego przepisu.

Reasumując, powołał się na dopuszczalność powtórnego wezwania do wyjaśnień, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień pojawiają się dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia, dotyczące tylko bardziej szczegółowych informacji w poszczególnych fragmentach wyjaśnień (tak: wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2018 r., KIO 2598/17).

Tym samym - w ocenie Odwołującego - odrzucenie jego oferty z uwagi na brak szczegółowego odniesienia się do elementu ceny oferty, co do którego Zamawiający nie wymagał przedstawienia sposobu wyliczenia, bez uprzedniego powtórnego wezwania do dokonania tej czynności stanowiło naruszenie przepisów ustawy.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że nie dysponuje wiedzą, skąd Zamawiający wyciągnął wniosek, jakoby koszty zatrudnienia nie miały przełożenia na kwotę jednostkową.

Zwrócił uwagę, że kalkulacja Odwołującego przedstawiona w wyjaśnieniach dla Zamawiającego została sporządzona dla wartości miesięcznych, co wyraźnie wskazano w wyjaśnieniach, zarówno w zakresie przychodów, jak i wykazanych grup kosztów. Jest to oczywiście poprawne przedstawienie na liczbach sposobu kalkulacji oraz wykazanie, że Odwołujący jest w stanie wykonać zadanie w zgodzie ze złożoną ofertą osiągając jednocześnie zysk w skali miesiąca.

Wyjaśnił, że alternatywną metodą przedstawienia takiej kalkulacji jest posługiwanie się cenami lub kosztem jednostkowym przypadającym na tzw. osobodzień, jednakże dla

kalkulacji nie ma to żadnego znaczenia, gdyż w takim przypadku ceny czy koszt jednostkowy uzyskuje się poprzez podzielenie poszczególnych wartości wyliczonych dla np. miesiąca, jak to zrobił Odwołujący, przez liczbę osobodni podaną w specyfikacji przetargowej przez samego Zamawiającego (tu: 39 420 osobodni rocznie, czyli 3 285 osobodni miesięcznie). Liczba osobodni wskazana przez Zamawiającego obowiązuje każdego potencjalnego wykonawcę przy przygotowaniu kalkulacji i nie może być swobodnie zmieniana, jeżeli np. wykonawca uzna, że Zamawiający błędnie oszacował liczbę żywionych. Ponadto liczba osobodni, którą każdy z wykonawców miał obowiązek uwzględnić przy przygotowaniu oferty znajduje się w samym formularzu ofertowym, więc nie ulega wątpliwości, że kalkulacja w skali jednego miesiąca przedstawiona przez Odwołującego jest równie poprawna, jak gdyby kalkulację tę zrobiono w cenach czy kosztach jednostkowych, czyli przypadających na osobodzień.

Odwołujący przekonywał również, że wykazał miesięczne koszty zatrudnienia personelu w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia wyniosą 36 946, 40 zł. Kwota ta została również wskazana w Kalkulacji ogólnej w wyjaśnieniach.

Zaznaczył, że po dokonaniu prostego działania matematycznego, polegającego na podzieleniu kwoty stanowiącej równowartość kosztów zatrudnienia przez miesięczną kwotę przychodów (91 651,50 zł) otrzyma się procentowy udział kosztów zatrudnienia w miesięcznym koszcie wyżywienia mieszkańca, który wynosi 40,3%. Tak samo, przy podzieleniu w/w kwot przez liczbę 3 285 (liczba osobodni miesięcznie) otrzyma się stawkę jednostkową kosztów pracy przypadającą na zaoferowaną cenę jednostkową.

W dniu 1 marca 2023 r. wykonawca Catermed sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 marca 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Odwołującego, odwołania,

wezwania Zamawiającego z dnia 8 lutego 2023 r. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Odwołującego z dnia 14 lutego 2023 r. wraz z wyjaśnieniami i dowodami, pisma Zamawiającego z dnia 22 lutego 2023 r. o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego, zawiadomienia Zamawiającego o wyborze

najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert z dnia 22 lutego 2023 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 marca 2023 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 marca 2023 r., repliki Odwołującego z dnia 14 marca 2023 r., jak również na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.18 ust.2 i 3 ustawy Pzp, art.226 ust.1 pkt 8 w związku z art.224 ust.1 i 6 ustawy Pzp oraz art.239 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odtajnienia wyjaśnień Odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załączonymi dowodami, a także czy Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadą wynikającą z art.18 ust.1 ustawy Pzp jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego z uwagi na treść art.18 ust.3 ustawy Pzp, w myśl którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w

Natomiast stosownie do art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r., tj. z dnia 13 maja 2022 r.przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jeżeli chodzi o zastrzeżenie Odwołującego, że nie mogą być udostępniane wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami, to nie budzi wątpliwości, że zostało ono przez niego dokonane.

Wobec tego Izba oceniła jedynie skuteczność dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa powyższych dokumentów w aspekcie przesłanek z nią związanych.

Według zapatrywania Izby – przekazane przez Odwołującego informacje miały charakter innych informacji posiadających dla Odwołującego wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Zdaniem Izby – wszelkie kalkulacje ofertowe, dowody zakupów ilustrujące obrót określonymi dobrami i ich wartość, dane dotyczące pracowników mogą stanowić dla Odwołującego określone informacje organizacyjne, a także inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które mogą dostarczyć określonej wiedzy wykonawcy konkurencyjnemu o sposobie kalkulacji ceny i jej elementów przedmiotowo istotnych.

Przy czym - w przekonaniu Izby - Odwołujący oświadczył, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, w szczególności specyfikując te działania.

Izba uznała, że na stronie 3 zastrzeżeń dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z dnia 14 lutego 2023 r. w punktach pod literami od a do g, zostały wymienione odpowiednie środki zabezpieczające dokumenty objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jeżeli Zamawiający oczekiwał dalszych szczegółów techniczno-organizacyjnych, dotyczących działań mających na celu utrzymanie tych dokumentów w poufności, to miał możliwość przeprowadzenia w tym zakresie dodatkowego postępowania wyjaśniającego.

Wymaga wskazania, że w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. , sygn. aktwyrażono pogląd prawny, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za

tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę informacji.

W związku z tym należy przyjąć, że Zamawiający badając zasadność dokonanego zastrzeżenia dokumentów objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa powinien, w przypadku zaistnienia po jego stronie wątpliwości, wyjaśnić

poszczególne elementy treści dokumentów mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, Zamawiający jeżeli miał wątpliwości, co do zakresu wymienionych przez Odwołującego szczegółowo działań mających na celu utrzymanie ich w poufności, powinien zażądać konkretnych dokumentów wykazujących przesłankę ustawową.

W związku z powyższym Izba uznała za bezzasadną ocenę Zamawiającego skuteczności dokonanych przez Odwołującego zastrzeżeń wyjaśnień przez co Zamawiający naruszył przepis art. 18 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Jeżeli zatem Zamawiający nie zbadał dostatecznie wszystkich przesłanek z cyt. wyżej przepisu art.18 ust.3 ustawy Pzp, a Przystępujący te przesłanki wykazał w zakresie treści tego przepisu, to Zamawiający nie może informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa ujawnić.

Przechodząc, do omówienia zarzutu związanego z rażąco niską ceną, Izba w zakresie niezbędnym do wydania wyroku ustaliła, że kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia została określona na kwotę 1 545 335,09 zł.

Następnie, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przetargu sytuacja cenowa przedstawiała się następująco:

1) Odwołujący złożył ofertę z zaoferowaną ceną 1 239 109, 12 zł brutto,

2) Przystępujący złożył ofertę z zaoferowaną ceną 1 527 021, 60 zł brutto,

3) Wykonawca PHU K. B. K. złożył ofertę z zaoferowaną ceną 1 654 989, 08 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności związane z ceną złożonej przez Odwołującego oferty Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp bez związku z tym, że cena całkowita oferty Odwołującego nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od

towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej wyżywienia osobodnia w złożonej ofercie.

Izba ustaliła, że treść przedmiotowego wezwania była następująca: „(…)Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022, poz. 1710 ze zm. dalej Ustawa Pzp), wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny jednostkowej wyżywienia osobodnia w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie:.

1) zarządzania procesem świadczonych usług za pomocą kosztorysów własnych lub wycen zaangażowania osób w realizację przedmiotowego zamówienia,

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz wskazania kosztów przekazania odpadów do poszczególnych instalacji

3) oryginalności dostaw, usług lub oferowanych przez wykonawcę, które powodują możliwość zaoferowania wskazanej ceny ofertowej;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie — w tym potwierdzenia, że przyjęta cena oferty zagwarantuje realizację wskazanych obowiązków oraz zysku przedsiębiorcy,

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej ;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem Wykonawcy zakładu pracy w myśl Kodeksu pracy i uwzględnienia zatrudnienia zgodnie z przepisami właściwymi w tym zakresie oraz utrzymaniem zatrudnienia na minimalnym wskazanym poziomie przez Zamawiającego, Uzasadnienie:

Zamawiający jest zobligowany, na podstawie art. 224 ust. I Ustawy PZP do zażądania od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdyż zaoferowana przez Państwa 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 wskazuje, że w treści złożonej oferty na formularzu oferty, zamieszczonym na platformie e-Zamówienia wskazano kwotę 27,90 złotych, a z załączonego do oferty formularza wyceny oferty (Załącznik nr 1.1 do SWZ) wynika cena łączna brutto w wysokości: 1 239 034,59 zł. Wskazane wartości budzą u Zamawiającego wątpliwości w zakresie możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie ze standardami zawartymi w Opisie przedmiotu Zamówienia.

Cena łączna oferty wskazana w Formularzu ofertowym wynika z przyjętych wartości cen jednostkowych w pozycjach nr .

1 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi - 1 187 724,60 zł

3 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi — 1 908 zł 4 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi — 6 669,60 zł

8 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi —614,88 zł

15 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi —763,20 zł

16 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi- 1 191,60 zł

17 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi - 655,20 zł

19 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi - 2013,60 zł

21 , która wynosi zgodnie z obliczeniami rachunkowymi - 1 069,20 zł

Zamawiający wyjaśnia, że wyliczona cena wynika z dokonania wyliczenia wartości w Formularzu ofertowym, gdzie w wierszu nr 2 wskazano, że cenę jednostkową łączną brutto w danym wierszu (kolumna 7) należy obliczyć poprzez pomnożenie pozycji zawartej w kolumnie nr 3 w danym wierszu (Ilość szt./kg w okresie realizacji zamówienia) przez pozycję zawartą w kolumnie nr 6 w danym wierszu (Cena jednostkowa za szt./op./kg brutto).

Do wskazanych wartości przyjęto następujące stawki VAT, które miały wpływ na określenie ostatecznej ceny ofertowej, uwzględniając powyższe Wykonawca dokonując wyjaśnień powinien uwzględnić przyjęte stawki VAT:

- 8% w pozycjach nr 1, 3, 4, 15, 16 i 25;
- 0% VAT w pozycjach nr: 2, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 20, 22, 23, 24,25
- VAT w pozycjach: 8, 17, 19, 21

W związku z aktualnymi realiami gospodarczymi Zamawiający wnosi o potwierdzenie, że wskazane powyżej wartości jednostkowe oraz cena ofertowa zapewnia realizację zamówienia w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie w tym potwierdzenia, że przyjęta cena oferty zagwarantuje realizację

wskazanych obowiązków oraz zysku przedsiębiorcy. Uwzględniając, że minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3490 złotych brutto zaoferowana stawka jednostkowa budzi u zamawiającego uzasadnione wątpliwości w zakresie możliwości realizacji wszystkich obowiązków nałożonych na Wykonawcę.

Na Wykonawcy ciąży obowiązek przedłożenia wyjaśnień wraz z dowodami, że zaoferowana cena umożliwia realizację zamówienia a wycena zaproponowana przez Wykonawcę jest rzetelna i umożliwia realizacje wskazanego zamówienia. W ramach wyjaśnień Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dowody potwierdzające i uprawdopodabniające przyjęte do kalkulacji założenia np. umowy o podwykonawstwo, oferty podwykonawców, kopie umów zleceń/pracę, kalkulacje własne, koszty wypożyczenia, zużycia narzędzi, ew. podstawy do stosowania niższych stawek niż minimalne, opisy wybranych rozwiązań służących obniżeniu kosztów itp.

Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP.

W trakcie oceny przedstawionych przez Państwa wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty zamawiający, działając zgodnie z art. 224 Ustawy Pzp., weźmie pod uwagę przedstawione przez Państwa dowody na poparcie wyjaśnień. Dowody należy złożyć w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej.(…)".

W następstwie powyższego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 14 lutego 2023 r. udzielił wyjaśnień dotyczących zarzutu rażąco niskiej ceny oraz załączył stosowne dowody.

Ostatecznie ustalono, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert z dnia 22 lutego 2023 r. działając na podstawie art. 226 ust.1 pkt.8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust.6 ustawy Pzp, zawiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego podając następujące uzasadnienie: „(…)1. Na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy PZP Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Wykonawcy: Fudeko S. A., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia.

Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie zostały dokonane z należytą starannością, w tym w żaden sposób nie wskazano sposobu obliczenia stawki wyżywienia/osobodnia "wsadu do kotła" ■ Wskazane przez Wykonawcę faktury w żaden sposób nie pozwalają przyjąć, że żywienie będzie obywało się zgodnie z OPZ. Faktury są oderwane od wyliczenia stawki (same kwoty jednostkowe) uprawdopodabniające upusty, brak stawek jednostkowych. Zostały wskazane koszty zatrudnienia, ale nie mają przełożenia na kwotę jednostkową. Wyliczenia, które zostały poczynione nie wskazują żadnego powiązania z dowodami.

Stąd też uznać należy, że Wykonawca nie wykazał, że jego cena nie jest rażąco

niska.

Uzasadnienie:

Podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy Pzp: Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Podstawa faktyczna: Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie do wyjaśnienie ceny oferty, gdyż zaoferowana cena oraz jej 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 jako punkt wyjścia do obliczenia szacunkowej wartości zamówienia przyjął średnią arytmetyczną złożonych ofert. Mając na uwadze, że złożone wyjaśnienia stanowią podstawę dla Zamawiającego do oceny prawidłowości zaoferowanej ceny, wyjaśnienia te powinny być wyczerpujące, w tym zawierające uzasadnienie zaoferowanej ceny oraz wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Wykonawca w odniesieniu do wskazanego powyżej zysku odniósł się do cen realnych, niestety nie wskazał na jakiej podstawie są one rynkowe i przyjęte do wyliczenia ceny - utajnił wskazane ceny wskazując jedynie rabaty. Istotnie, łączna cena zaoferowana przez Fudeko S. A. nie odbiega rażąco od ofert pozostałych wykonawców, jednakże elementem oferty był również element kosztowy -"wsad do kotła", który był przedmiotem oceny przez zamawiającego i to w tym zakresie oferta Fudeko S. A. nie została w żaden sposób wyjaśniona. Powołanie się na dowody bez cen jednostkowych (bez przykładowego kosztu żywienia/ sporządzania posiłku) powoduje, że Fudeko S. A. nie udowodnił, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowane wynagrodzenie.(…).

Przechodząc do oceny powyższego materiału dokumentacyjnego należy wskazać, że 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.

Jednocześnie w myśl ust.2 cyt. wyżej przepisu w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Z powołanych na wstępie przepisów prawa wynika zasada nakładająca na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską ceną w okolicznościach objętych powyższym przepisem.

Zgodnie z ustaleniami Izby wskazany 30% próg wartościowy nie został przekroczony, a zatem Zamawiający co do zasady nie powinien prowadzić czynności wyjaśniających rażąco niską cenę. W sprawie tej jednak czynność wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie została przez Odwołującego zaskarżona odwołaniem, zatem kwestia zasadności wezwania nie jest przedmiotem oceny Izby w tej sprawie.

Rozpoznając sprawę co do meritum, wymaga wskazania, że stosownie do art. 224 ust.5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Powyższy obowiązek nie ma jednak charakteru absolutnego, bowiem Zamawiający był związany dyspozycją przepisu art.224 ust.6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Z powyższych ustaleń Izby wynika, że sytuacja braku udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego nie zaistniała.

Natomiast, w przekonaniu Izby – przeprowadzona przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami zaprezentowana w powyższym zawiadomieniu Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert z dnia 22 lutego 2023 r. została dokonana w sposób nienależyty.

Przede wszystkim wymaga zauważenia, że sporządzone przez Zamawiającego wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ogóle nie zawierało informacji, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego szczegółowej kalkulacji dotyczącej „wsadu do kotła", rozumianego jako koszt składników rzeczowych niezbędnych do przygotowania posiłku.

Podobnie Zamawiający nie określił jaki poziom szczegółowości będzie wymagany do uzasadnienia kosztów osobowych wykonania przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie przed Izbą pełnomocnik Zamawiającego przyznał, że koszty wynagrodzenia pracowników mogłyby ewentualnie podlegać wyjaśnieniu.

W istocie Zamawiający w ogóle w nie odniósł się merytorycznie do powołanej wyżej kalkulacji kosztów przedstawionej przez Odwołującego, co wskazuje, że nie dociekał on czy realne są ceny i koszty jednostkowe zadeklarowane w tym zakresie.

Na rozprawie przed Izbą pełnomocnik Zamawiającego oświadczył również, że śledzi na bieżąco ceny z obrotu rynkowego dotyczące usług wyżywienia (kontakty z innymi Zamawiającymi, pełnomocnik prowadzi zamówienia również dla innych Zamawiających, BZP), a w dotychczasowych postępowaniach nie zdarzało się, aby była tak duża różnica pomiędzy cenami.

Powyższe stwierdzenie Zamawiającego doprowadziło Izbę do wniosku, że jedynym powodem do wszczęcia przez niego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę było ogólne przeświadczenie o tym, że cena ofertowa Odwołującego jest rażąco niska.

Wymaga również zauważenia, że w treści powołanego wyżej wezwania Zamawiający wskazał kilkanaście pozycji z załącznika nr 1.1. do SWZ – Formularza wyceny oferty, stwierdzając jedynie, że „(…)Cena łączna oferty wskazana w Formularzu ofertowym wynika z przyjętych wartości cen jednostkowych w pozycjach nr .(…)" bez informacji czy te pozycje budzą jego wątpliwości.

Izba stwierdziła, że dopiero na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego wyjaśnił, „(…)że jeśli chodzi o wskazane pozycje oczekiwałby dowodów, że np. wskazana w formularzu wyceny cena jednostkowa za herbatę owocową (pozycja nr 3) jest możliwa do uzyskania – wykonawca przedstawiłby dowód nabycia takiej herbaty za tą cenę.(…)".

Listę podobnych oczekiwań Zamawiający sformułował dopiero na rozprawie, między innymi poprzez deklarację, że „(…)Najprawdopodobniej Zamawiający byłby usatysfakcjonowany, jeśli otrzymałby przykładową dietę w rozbiciu na 14 dni bądź miesiąc z kosztami zatrudnienia, kosztami zakupu materiałów, kosztami zwrotu za opłaty za media, dzierżawę i inne opłaty.(…)".

Zdaniem Izby – wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny powinno być skonkretyzowane i dotyczyć jedynie elementów istotnych, szczególnie w warunkach, gdy cena ofertowa nie przekraczała progu określonego w art.224 ust.2 ustawy Pzp.

Natomiast ogólne wezwanie Zamawiającego, bez konkretyzacji elementów kosztotwórczych mających wpływ na cenę i udzielenie przez wykonawcę adekwatnych do tego wezwania wyjaśnień, otwiera dopiero drogę Zamawiającemu do dalszych ewentualnych dociekań co do tego czy cena jest rażąco niska.

Powyższe oświadczenia Zamawiającego złożone na rozprawie potwierdziły, że nie zostały wyjaśnione inne kwestie związane z zaoferowaną ceną.

Jednocześnie z racji oświadczenia Zamawiającego potwierdzającego jego wiedzę co do cen jednostkowych, należało przyjąć jego zastrzeżenia odnoszące się do braku podania na fakturach niektórych cen jednostkowych za wątpliwe, chociaż Zamawiający zawsze ma prawo poszerzyć swoją wiedzę cenową żądając wyjaśnienia danego kosztu.

Dodatkowo wymaga zaznaczenia, że według zapatrywania Izby - ogólne powielenie w wezwaniu jedynie treści przepisu art.224 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, nie może zwalniać Zamawiającego z obowiązku szczegółowego zbadania ceny oferty objętej domniemaniem rażąco niskiej ceny.

Wobec tego – zdaniem Izby – Zamawiający powinien taką kalkulację przyjąć i uznać za rzetelną lub mając wątpliwości co do realności zadeklarowanych przez Odwołującego wartości powinien wezwać go do szczegółowego ich wyjaśnienia, czego nie uczynił.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty nie określił o jakie czynniki kosztotwórcze mu chodziło.

Ponadto, Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie żądał od Odwołującego podania kosztów „wsadu do kotła" udokumentowanych dowodami z cenami jednostkowymi, z przykładowymi kosztami żywienia/ sporządzania posiłku, jak to obecnie wyartykułował w swoim stanowisku.

Według Izby – w takim wezwaniu Zamawiający powinien wskazać również jakie dowody uzna on za odpowiednie, które nie mogą być nadmiernie uciążliwe dla wykonawcy bądź niemożliwe do uzyskania na etapie składania oferty czy wyjaśnień.

Samo zanonimizowanie cen na fakturach nie przesądza o tym czy cena jednostkowa jest rażąco niska, szczególnie w przypadku gdy dokumenty te miały na celu wykazanie jedynie upustów cenowych.

W takim przypadku w okolicznościach zaistnienia dalszych wątpliwości w spornym zakresie – w ocenie Izby - sytuacja ta powinna stanowić dla Zamawiającego asumpt do zbadania wszelkich wątków cenowych poprzez skierowanie nowego wezwania precyzującego oczekiwanie Zamawiającego, co do wyliczenia ich składników poprzez żądanie wskazania szczegółowych elementów kosztowych i ich wartości składających się na cenę.

Zdaniem Izby – rażąco niska cena przedstawia wartość nierzeczywistą, oderwaną od cen rynkowych, poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, zaś powyższe

wyjaśnienia Odwołującego mogły doprowadzić Zamawiającego do uznania jej za cenę rynkową.

Niezależnie od powyższego stanowiska Izby, Zamawiający ma prawo do szczegółowego wyjaśnienia ceny jednostkowej, nie może jednak postępować w sposób formalny, licząc na to, że wykonawca zrealizuje jego ukryte intencje, a nie wyraźnie przez niego wyartykułowane uzasadnione oczekiwania.

Powyższy postulat ma tym większe znaczenie, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie przekraczała 30 % progu ustawowego ceny, którego wystąpienie bezwzględnie uruchamia procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W takim wypadku Zamawiający jest zobowiązany szczególnie ostrożnie badać wyjaśnienia wykonawcy, bowiem sformalizowane podejście do oceny dowodów może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, który zadeklarował bardzo korzystną ceną.

Z powyższych przyczyn – Izba reprezentuje pogląd, że Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie, z powodu niedostatecznego wyjaśnienia kosztów „wsadu do kotła" i innych elementów kosztowych, Zamawiający powinien nadal kontynuować procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, tym razem wyraźnie określając w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny te elementy, które Odwołujący będzie zobowiązany podać i udowodnić.

W tym względzie Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19, gdzie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. wyrażono pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości (podobnie wyrok z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1835/18, wyrok z dnia 14 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 776/19, wyrok z dnia 21 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1317/20, wyrok z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1566/20, KIO 1633/20, wyrok z dnia 23 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 291/21, wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 806/21, wyrok z dnia 20 maja 2021 r., sygn. akt KIO 888/21, wyrok z dnia 24 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1404/21, wyrok z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3231/21, wyrok z 8 lutego 2022 r., sygn. akt 117/22).

Konsekwencją uznania przez Izbę naruszenia powyższych przepisów prawa jest stwierdzenie, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w warunkach sprzecznych z treścią przepisu art.239 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie

uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 589 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 od odwołania

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:…….