

Sygn. akt: KIO 3003/24

WYROK

Warszawa, dnia 18.09.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego: Rebus Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Chotomowskiej (Dąbrowa

Chotomowska, ul. Lipowa 36 D, 05-123 Chotomów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Przedszkole Gminne w Chotomowie (ul. Żeligowskiego 27, 05-123

Chotomów) prowadzący postępowanie w imieniu zamawiającego: Gmina Jabłonna (ul. Modlińska 152, 05-110 Jabłonna),

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M&S M. S. z/s w Warszawie (ul. Juhasów 4g/2, 04-784 Warszawa),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: Rebus Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Chotomowskiej (Dąbrowa Chotomowska, ul. Lipowa 36 D, 05-123 Chotomów) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Uczestnika: M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M&S M. S. z/s w Warszawie (ul. Juhasów 4g/2, 04-784 Warszawa) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: 3003/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę: Rebus Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Chotomowskiej (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Przedszkole Gminne w Chotomowie (ul. Żeligowskiego 27, 05-123 Chotomów) prowadzący postępowanie w imieniu zamawiającego: Gmina Jabłonna. Przedmiotem zamówienia publicznego są: „Usługi przygotowania i wydawania posiłków na potrzeby żłobka i przedszkola w Chotomowie”; znak postępowania: ZP.271.1.PR1.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych -Ogłoszenie nr 2024/BZP 00413539/01 z dnia 2024-07-15.

Wykonawca podał: (...) Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawiam następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M&S z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie przez wykonawcę M&S (tj. brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- b) zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art.

224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S, tj. zaniechanie czynności wezwania M&S do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych;

- c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy M&S jako najkorzystniejszej oferty.

4. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z odrzuceniem oferty M&S z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, ewentualnie z uwzględnieniem nakazania wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, c) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

5. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu

przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Oferta Odwołującego jest obecnie sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert (92,72 pkt). Zarzuty Odwołania prowadzą do unieważnienia czynności wyboru, ponownego badania i oceny ofert, a w dalszej kolejności do odrzucenia oferty sklasyfikowanej na miejscu pierwszym, a w konsekwencji do wyboru oferty Odwołującego. Odrzucenie oferty M&S będzie prowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Także ewentualne nakazanie przez Izbę wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień ceny leży w interesie Odwołującego, bowiem weryfikacja tych wyjaśnień przez Zamawiającego może doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ewentualnie to Odwołujący będzie mógł podważać prawidłowość wyjaśnień ceny w ramach kolejnego postępowania odwoławczego. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów Ustawy niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M&S z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie przez wykonawcę M&S (tj. brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, co następuje.

1. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału V ust. 4 pkt 1 lit. a) SWZ, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali lub wykonują:

co najmniej dwa zamówienia polegające na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków, z uwzględnieniem minimum 15 diet, dla przedszkola i/lub żłobka i/lub szkoły podstawowej realizowane w sposób ciągły przez okres jednego roku szkolnego dla co najmniej 200 dzieci oraz o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każde - zrealizowane na rzecz jednego podmiotu, w ramach jednej umowy.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był złożyć, na wezwanie Zamawiającego, podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 4 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

2. Wykonawca M&S, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25.07.2024 r., złożył wykaz usług, w którym powołał się na dwie usługi; pierwsza – wykonana na rzecz Szkoły Podstawowej Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie, druga – wykonana na rzecz Przedszkola nr 86 w Warszawie. Do Wykazu usług załączono dwa listy referencyjne, z treści których nie wynikało jednak poświadczenie należytego wykonania usług przez wykonawcę M&S.

3. Pismem z dnia 31.07.2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę M&S do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując w wezwaniu m.in.:

W toku badania podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający stwierdził, że w załączonych do Wykazu usług referencjach brakuje informacji wskazujących liczbę różnicowanych diet oraz prawidłowe wykonanie usług.

W związku z powyższym zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o brakujące informacje.

Zamawiający wyznacza termin na uzupełnienie ww. informacji wymienionych do 5 sierpnia 2024 r.

Bezspornym zatem pozostaje, że wykonawca M&S w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego nie przedstawił wymaganych podmiotowych środków dowodowych, tj. dowodów określających, czy dwie usługi podane w Wykazie usług zostały wykonane należyście, a Zamawiający wezwał wykonawcę do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

4. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 31.07.2024 r., Wykonawca uzupełnił Wykaz usług wskazując w nim trzy usługi, tj. poz. 1 – usługa wykonana na rzecz Szkoły Podstawowej Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie, poz. 2 – wykonana na rzecz Przedszkola nr 86 w Warszawie, oraz pozycja 3 – nowa usługa, wykonana dla Niepublicznego Przedszkola Integracyjnego Radosna Planeta w Warszawie.

W tym miejscu Odwołujący podnosi i podkreśla, że dla usług wskazanych w pozycjach nr 1 i 2 Wykazu wykonawca M&S, pomimo wyraźnego wezwania Zamawiającego, nie uzupełnił dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie. Wykonawca M&S przedstawił jedynie dowód należytego wykonania usługi dla nowej pozycji (nr 3), co jest

jednak niewystarczające w świetle cyt. wyżej warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany był wykazać się wykonaniem co najmniej dwóch zamówień polegających na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków. Wykonawca M&S nie przedstawił zatem wymaganych podmiotów środków dowodowych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

5. Odwołujący wskazuje, że ww. uchybienia nie mogą zostać konwalidowane poprzez złożenie oświadczeń własnych przez wykonawcę M&S, w których wykonawca oświadcza, iż usługi opisane pod pozycją 1 i 2 Wykazu usług zostały wykonane prawidłowo bez żadnych potrażeń. Odwołujący przypomina bowiem, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte 15 lipca br., zatem od tego dnia każdy zainteresowany wykonawca wiedział albo mógł się dowiedzieć, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie musiał przedstawić (co więcej, nie wraz z ofertą, ale dopiero na wezwanie Zamawiającego) wymagane referencje (dowody należytego wykonania usług). Zatem od tego dnia każdy zainteresowany wykonawca mógł i powinien zacząć pozyskiwać potrzebne referencje. Niezależnie od tego Odwołujący wskazuje, że zgodnie z informacjami podanymi przez wykonawcę M&S w Wykazie usług, świadczenie usług opisanych w pozycjach nr 1 i 2 zakończyło się w grudniu 2023 roku. Zatem wykonawca M&S miał przeszło 7 miesięcy czasu na uzyskanie od Szkoły Podstawowej Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie oraz Przedszkola nr 86 w Warszawie stosownych, prawidłowych dowodów należytego wykonania usług, czego jednak nie uczynił.

6. Odwołujący podkreśla również, że wykonawca M&S składając uzupełniane oświadczenia i dokumenty nawet nie wskazał, nie mówiąc już o poparciu swoich twierdzeń jakimikolwiek dowodami, że rozpoczął w ogóle proces pozyskiwania referencji, zarówno po zakończeniu świadczenia usług (czyli z początkiem stycznia 2024 r.), jak i niezwłocznie po wszczęciu niniejszego postępowania przetargowego czy też po wezwaniu Zamawiającego z dnia 31 lipca br. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dlatego działania czy raczej brak działań wykonawcy M&S zmierzających do pozyskania „referencji” musi być rozpatrywany poprzez pryzmat staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego (KC). Tym samym czynności czy raczej brak czynności wykonawcy M&S mających na celu pozyskanie referencji należy oceniać z uwzględnieniem wymogów dotyczących należytej staranności, o której mowa w art. 355 KC. Ponadto, zgodnie z art. 355 § 2 KC, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy

również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (tak w wyroku Izby z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2686/17). Jak wskazuje się w orzecznictwie należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności (tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 stycznia 2008 r., I ACa 1040/07).

W świetle powyższego jest oczywiste, że zaniechania wykonawcy M&S nie można zakwalifikować jako uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze uprawniającej do przedłożenia własnego oświadczenia zamiast referencji.

7. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2844/20 wskazać trzeba, że: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.” Identyczne stanowisko Izba wyraziła w szeregu innych wyroków, m.in. w wyroku z dnia 25 listopada 2019r., sygn. akt KIO 2271/19, oraz w wyroku z dnia 4 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2671/17. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że wykonawca M&S przedkładając, w odpowiedzi na wezwanie z 31 lipca br., zamiast referencji oświadczenie własne, powinien szczegółowo wyjaśnić Zamawiającemu i udokumentować, dlaczego mógł tak postąpić. Wykonawca M&S tego jednak nie uczynił, zapewne dlatego, że w niniejszej sprawie uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze po prostu nie wystąpiły.

8. Jak to słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 18 września 2020 r., sygn. akt KIO 2019/20: „Dla rozstrzygnięcia odwołania najbardziej istotna jest przesłanka zaistnienia uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, która pozwala wykonawcy na zastąpienie referencji oświadczeniem własnym. Obiektywny charakter przyczyn, dla których

wykonawca nie może uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług oznacza, że są to przyczyny zrozumiałe, dotyczące okoliczności niezależnych od wykonawcy uzasadniających brak możliwości uzyskania referencji lub dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Fakt zaistnienia przyczyn uniemożliwiających uzyskanie dokumentów przez wykonawcę powinien być możliwy do oceny i weryfikacji w konkretnych okolicznościach faktycznych. Nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania wykonawcy i opierać się wyłącznie nie jego twierdzeniu. Należy zatem przyznać rację zamawiającemu, że odwołujący, który złożył oświadczenie własne, powinien był zwrócić się do odbiorcy usług o wydanie stosownego dokumentu oraz wykazać zamawiającemu, że podjął starania zmierzające do uzyskania takiego dokumentu. (...) Najbardziej istotne jest jednak, że odwołujący nie wykazał braku możliwości złożenia zamawiającemu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Jeżeli odwołujący nie mógł uzyskać referencji, chociaż na ich uzyskanie miał co najmniej 58 dni od zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, mógł i powinien był posłużyć się innym dokumentem, przykładowo protokołem odbioru lub fakturą.” Do analogicznych wniosków Izba doszła wyroku z dnia 31 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1183/20, wskazując, że: „Powyższy przepis (tj. § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów) znalazł potwierdzenie w treści SIWZ opracowanej przez zamawiającego w pkt 8.8.2 lit. A SIWZ. W postanowieniu tym zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca może poprzestać na oświadczeniu własnym jako na dowodzie należytego wykonania dostaw, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie przedstawić referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę. Z przepisu i powołanego postanowienia SIWZ wynika po pierwsze, że warunkiem od którego uzależnia się możliwość poprzestania na oświadczeniu własnym wykonawcy są okoliczności o charakterze obiektywnym, które uniemożliwiły pozyskanie referencji lub innych dokumentów wystawionych przez odbiorcę. Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, słowo obiektywny w języku polskim oznacza istniejący niezależnie od poznającego podmiotu. Powyższe prowadzi do wniosku, że nie można powoływać się na powody niepozyskania referencji zależne od wykonawcy, czyli okoliczności subiektywne. Po drugie, jak wynika wyraźnie z przepisu i postanowienia SIWZ, te obiektywne powody niezłożenia referencji muszą być uzasadnione. Oczywiście jest więc, że okoliczności niepozyskania referencji muszą być należycie umotywowane. Nie ulega wątpliwości, że ciężar dowodu zarówno co do faktu obiektywnego charakteru okoliczności niepozyskania referencji jak i ich należytego uzasadnienia (wykazania) spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci uprawnienia do złożenia oświadczenia własnego. Powyższe wynika z ogólnej zasady rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. W analizowanej sprawie ciężar ten spoczywał na przystępującym, który miał

obowiązek przedstawić stosowne wyjaśnienia i dowody w trakcie wykazywania warunku udziału w postępowaniu przed zamawiającym.”

Powyższe stanowiska Izby w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie. Wykonawca M&S wyłącznie na podstawie subiektywnego i zarazem błędnego przekonania uznał, że jest uprawniony złożyć zamiast referencji oświadczenie własne, w żaden też sposób nie wykazał Zamawiającemu, że podjął starania zmierzające do uzyskania referencji. Wreszcie nie tylko, że Odwołujący nie wykazał braku możliwości złożenia Zamawiającemu referencji potwierdzających należyte wykonanie usług, to że złożonych w toku postępowania dokumentów wprost wynika, że taka możliwość jak najbardziej istniała. Wykonawca M&S otrzymał bowiem od Dyrektora Przedszkola z Oddziałami Integracyjnymi nr 86 w Warszawie referencję datowaną na 29 lipca br. Wystarczyło zatem, aby wykonawca M&S dochował należytej staranności, zweryfikował treść uzyskanej referencji i dostrzegł, że pozyskana referencja nie wspomina nawet jednym słowem o należyтым wykonaniu usługi realizowanej dla Przedszkola. Zatem zwrócenie się o wystawienie referencji nawet już po wszczęciu niniejszego postępowania było jak najbardziej możliwe.

9. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, że druga z kwestionowanych referencji, tj. dotycząca usługi wykonanej dla Szkoły Podstawowej Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie, nie może być brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu także z uwagi na datę jej wystawienia. Referencja ta została wystawiona 25 listopada 2022 roku, tymczasem zgodnie z informacjami podanymi w Wykazie usług, usługa dla tej Szkoły była świadczona w okresie 09/2022 do 12/2023. Zatem złożona referencja nie dotyczy zrealizowanej (zakończonych) usługi, lecz jedynie fragmentu świadczonej usługi (okresu od września 2022 r. do 25 listopada 2022 r.). Także z tego względu przedstawiona referencja nie kwalifikuje się przy ocenie spełniania przez wykonawcę M&S warunków udziału w postępowaniu.

Z opisanych wyżej powodów oferta M&S podlega odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, gdyż wykonawca M&S nie złożył (nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego) wymaganych w SWZ podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S, tj. zaniechanie czynności wezwania M&S do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny, wskazać należy, co następuje.

WPROWADZENIE

10. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług gastronomicznych - przygotowania na miejscu oraz wydawania posiłków dzieciom uczęszczającym do Gminnego Żłobka i Przedszkola w Chotomowie. Wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia w wynajętych do tego celu pomieszczeniach kuchennych,

zlokalizowanych w budynku Przedszkola Gminnego.

Opis przedmiotu zamówienia szczegółowo określają następujące dokumenty:

- 1) Projekt umowy dzierżawy pomieszczeń kuchennych - Załącznik nr 7 do SWZ;
- 2) Projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego - Załącznik nr 8 do SWZ;
- 3) Wykaz wyposażenia pomieszczeń kuchennych - Załącznik nr 9 do SWZ;
- 4) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 10 do SWZ.

11. Stosownie do postanowień Rozdziału III pkt 6 SWZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez wykonawcę lub podwykonawcę, osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, dla czynności polegających na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1465), w szczególności wykonujących czynności w zakresie przygotowywania i wydawania posiłków.

12. W niniejszym postępowaniu, do upływu terminu składania ofert wpłynęły następujące trzy oferty:

Nr	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty brutto (zł)
1	Rebus Sp. z o.o. ul. Lipowa 36D, 05-123 Dąbrowa Chotomska NIP 5361871925, średnie przedsiębiorstwo	1 890 593,22
2	M&S Maciej Sławuszewski ul. Juhasów 4G/2 04-784 Warszawa NIP 7010151187, mikro przedsiębiorstwo	1 753 004,16
3	Sani&Sazi Zdrowi i Najedzeni Tomasz Szmidt Sp. z o.o. ul. Kiełpińska 4/5, 01-707 Warszawa NIP 7010244115, mikro przedsiębiorstwo	2 040 963,78

13. Jak wynika z pkt 3 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-TP) łączna wartość zamówienia zostało określona na kwotę 1 753 834,67 zł, co stanowi równowartość 378 218,00 euro. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, szacunkowa wartość zamówienia jest podawana w kwocie netto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o wartość podatku od towarów i usług (23%) wynosi zatem 2 157 216,64 zł. Jak wynika z protokołu postępowania, szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na

podstawie rozeznania rynku oraz na podstawie obowiązujących stawek za żywienie w przedszkolu i żłobku.

14. Jak wynika z powyższego, cena oferty złożonej przez wykonawcę M&S istotnie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (brutto). Zarówno istniejąca różnica, na poziomie $\approx 20\%$, jak i różnica cenowa pomiędzy ofertą M&S a pozostałymi złożonym w postępowaniu ofertami, powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, szczególnie, iż marże wykonawców w postępowaniach na usługi przygotowania i wydawania posiłków są co do zasady znikome i balansują na granicy opłacalności realizacji zamówienia. Już tylko powyższe okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i powinny skutkować skierowaniem wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień.

15. Należy także zwrócić uwagę, że w toku postępowania Odwołujący, pismem z dnia 17 lipca br., zwrócił uwagę Zamawiającego na konieczność wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotowego zamówienia, przedstawiając na tę okoliczność szereg argumentów oraz wyliczeń. Pismo to zostało jednak zignorowane przez Zamawiającego, w efekcie czego Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty bez dokonania analizy tej kwestii.

OKOLICZNOŚCI SKUTKUJĄCE KONIECZNOŚCIĄ WSZCZĘCIA PROCEDURY WYJAŚNIEŃ CENY

16. W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę na następujące okoliczności, który winny skutkować wezwaniem wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień ceny.

17. Zamawiający w Rozdziale XII SWZ, ust. 1 oraz ust. 2, określił „wartość wsadu do kotła” dla dzieci przedszkolnych w wysokości 11,11 PLN, jak również cenę maksymalną za usługę żywienia dzieci żłobkowych w wysokości 13,88 PLN.

18. Jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi z dnia 22.07.2024 r., udzielonej na pytania zadane przez wykonawców w trakcie trwania procedury przetargowej, przedstawił precyzyjne informacje kosztowe dotyczące całego szeregu kosztów związanych w realizacją zamówienia i obsługą kuchni przedszkolnej:

Pytanie nr 6 – koszty mediów; koszt miesięczny 6 914,06 PLN

Pytanie nr 11 – koszty p-poż.: 250 PLN rocznie; – koszty wymiany filtrów: 1900 PLN x 2 / rocznie

19. Ponadto Zamawiający stawiał wykonawcy następujące wymogi, przekładające się na wymierne koszty:

- zatrudnienia na umowę o pracę zgodnie z zapisami Umowy na przygotowanie posiłków (§5 ust. 2), tj. minimum trzech pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy,
- pokrycia kosztów wywozu odpadów,
- pokrycia kosztów DDD,
- pokrycia kosztów oczyszczania separatora / min. jeden raz w miesiącu, - pokrycia kosztów udziału wykonawcy w przeglądach p-poż,
- pokrycia kosztów czynszu w kwocie netto 3000 PLN.

Zgodnie z najlepszą wiedzą posiadaną przez Odwołującego, ceny zaproponowane przez wykonawcę M&S w żaden sposób nie pozwalają na pokrycie kosztów przygotowania posiłków w kwocie podanej przez wykonawcę M&S. Poniżej Odwołujący prezentuje zestawie porównawcze, na zasadzie: ☐ Miesięczna struktura przychodów

- ☐ Miesięczna struktury kosztów
- ☐ Miesięczny operacyjny wynik finansowy realizacji zamówienia

Poniższe zestawienie przygotowane zostało w odniesieniu do oferty złożonej przez M&S.

I. STRUKTURA PRZYCHODÓW MIESIĘCZNYCH - wartości netto

USŁUGA	Ilość osób żywionych/ korzystających z posiłków	Cena jednostkowa netto	PRZYCHÓD netto
Usługa żywienia w przedszkolu	200 przez 20 dni w miesiącu	15,64	62 560
Usługa całodziennego żywienia w żłobku	32 przez 20 dni w miesiącu	13,00	8 320
RAZEM PRZYCHÓD MIESIĘCZNY			70 880,00

II. PLANOWANA STRUKTURA KOSZTÓW MIESIĘCZNYCH [wartości netto]:

POZYCJA KOSZTÓW	KOSZTY wykonawcy M&S [wartości netto w PLN w skali jednego miesiąca]
<u>Wsad do kotła 2/</u> * Zgodnie z wartościami podanymi w Formularzu Ofertowym: 11,11 PLN dla dzieci przedszkolnych oraz szacunkowy * wsad do kotła dla dzieci żłobkowych w kwocie 7,00 PLN. 11,11PLN x 200 dzieci x 20 dni = 44 440 PLN 7,00 PLN x 32 dzieci x 20 dni = 4 480 PLN	48 920 PLN
<u>Czynsz 3/</u>	3000 PLN
<u>Media 4/</u>	5800 PLN
<u>Pozostałe koszty operacyjne: 5/</u>	2 800 PLN
<u>Amortyzacja</u>	0,00 PLN
Założmy, że wykonawca dysponuje sprzętem własnym, zamortyzowanym pod względem księgowym.	
RAZEM UŚREDNIONE KOSZTY	76 000,00 PLN
MIESIĘCZNE REALIZACJI ZAMÓWIENIA	
<u>Koszty osobowe 1/ :</u> 3 pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa. Aktualne znane minimalne wynagrodzenie wynosi: 4300 PLN + koszty pracodawcy	15 480 PLN

Odwołujący nie zna faktycznej wartości wsadu do kotła przyjętej przez wykonawcę dla dzieci żłobkowych. Szacunkowo przyjęto, że jest to kwota: 7,00 PLN.

Poniżej Odwołujący przedstawia odniesienia do poszczególnych pozycji kosztowych z uwzględnieniem informacji podanych przez Zamawiającego w treści SWZ oraz w odpowiedziach na pytania udzielone w dniu 22.07.2024:

1/ wymóg dot. zatrudnienia min. 3 osób w pełnym wymiarze czasu pracy zamieszczono w

Załączniku nr 8 do SWZ – Umowa, Par. 5, ust.2

2/ wymagana wartość wsadu do kotła dla dzieci przedszkolnych zawarto w Formularzu Ofertowym, Tabela: Przedszkole, kolumna nr 3.

3/ wysokość czynszu określono Załączniku nr 7 do SWZ – Umowa dzierżawy, Par. 3, ust.1 4/ informacje na temat aktualnych miesięcznych kosztów mediów zawarto w odpowiedzi z dnia 22.07.2024 udzielonej przez Zamawiającego na Pytanie nr 6

- gaz	:	1552,68 zł
- energia el. (ee)	:	1902,92 zł
- dystrybucja ee	:	2602,05 zł
- woda	:	275,40 zł
- ścieki	:	581,17 zł

Razem miesięcznie brutto: 6 914,22 zł

Przyjmując umownie stawkę VAT na poziomie 23% - koszt miesięczny mediów wyniesie netto: 5621,32 zł

Dane podane przez Zamawiającego dotyczą ostatnich 12 miesięcy, a w styczniu 2024 miała miejsce ostatnia podwyżka cen prądu (co wynika z odpowiedzi na Pytanie nr 7). Odwołujący szacuje więc realne miesięczne koszty mediów na poziomie: 5800 zł.

5/ informacje na temat miesięcznych kosztów pozostałych wynikających z działalności operacyjnej szacujemy na podstawie: informacji udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na kolejne pytania postawione w trakcie trwania procedury przetargowej oraz na podstawie doświadczenia własnego:

INFORMACJE KOSZTOWE PODANE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO:

Odp. na Pytanie nr 11

- roczna wysokość opłat z tytułu p.poż.	:	250 zł
- koszt wymiany filtrów (2x w roku)	:	3800 zł
Razem comiesięcznie z tego tytułu	:	337 zł

Odp. na Pytanie nr 38

- roczne koszty: gaśnice, koce, hydrant : 250 zł
- roczne koszty: system gazex z kalibracją : 650 zł

Razem comiesięcznie z tego tytułu : 83 zł

Odp. na Pytanie nr 34

- szkolenia pracowników : 12000 zł

Razem comiesięcznie z tego tytułu : 1000 zł

ŁĄCZNIE KOSZTY COMIESIĘCZNE WYNIOSĄ: 1420 zł

POZOSTAŁE POZYCJE KOSZTOWE WYNIKAJĄCE Z DZIAŁALNOŚCI OPERACYJNEJ:

- ubezpieczenia
- środki czystości
- uniformy pracowników
- artykuły jednorazowe
- środki łączności
- badania bakteriologiczne
- wywóz odpadów poprodukcyjnych i pokonsumpcyjnych

- comiesięczne czyszczenie separatora (zgodnie z SWZ)

ŁĄCZNIE KOSZTY COMIESIĘCZNE z tytułu w/w pozycji wyniosą: 1380 zł

RAZEM POZOSTAŁE KOSZTY OPERACYJNE WYNIOSĄ:

2800 zł

III. PLANOWANE WYNAGRODZENIE M&S (ZYSK) - wartość netto

MIESIĘCZNE WYNAGRODZENIE WYKONAWCY	Kwota wygenerowana przez M&S
Miesięczny wynik finansowy M&S usługi żywienia dzieci przedszkolnych i żłobkowych	- 5120,00 PLN

Z powyższych wyliczeń wyraźnie wynika, że oferta M&S została skalkulowana ze stratą operacyjną w comiesięcznej wysokości: - 5120,00 PLN, co stanowi rażąco niską cenę w rozumieniu art. 224 ust.1 ustawy Pzp, nie pozwalającą na wykonanie zamówienia z zyskiem oraz zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

WNIOSKI Z KALKULACJI

20. Wykonawca M&S w swojej kalkulacji kosztów usługi wykorzystał fakt, iż Zamawiający z góry zdefiniował konkretne kwoty przeznaczone na zakup surowców użytych do przygotowania posiłków, czyli tzw. „wsad do kotła” i najprawdopodobniej - w sposób nieuprawniony - w tej właśnie pozycji kosztowej alokował część kosztów składających się stricte na cenę oferty (w Formularzu ofertowym – pozycja: „cena usługi całodziennego wyżywienia”).

Powyższe oznacza, iż wykonawca M&S zamiast podać w ofercie realne koszty przygotowania posiłków, bez uwzględniania wartości tzw. wsadu surowcowego, podał wartości zaniżone, które w sposób jednoznaczny uniemożliwiają wykonanie usługi w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Z przytoczonych powyżej względów, w przypadku oferty wykonawcy M&S mamy do czynienia, zdaniem Odwołującego, z ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Uznanie oferty wykonawcy M&S jako prawidłowej z jednej strony oznaczałoby naruszenie postanowień SWZ określonych w Rozdziale XII SIWZ, ust. 1, gdzie określono jednoznacznie „wartość wsadu do kotła: 11,11 PLN”, z tego powodu, że oferta ww. wykonawcy zakłada pomniejszenie kwot przeznaczonych na zakup surowców (ww. wsadu do kotła), przeznaczając je w sposób nieuprawniony na sfinansowanie kosztów wykonania posiłków. Z drugiej zaś strony, takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, czyli naruszenia zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp.

PODSUMOWANIE FORMALNE

21. 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. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może.

22. Należy przy tym podkreślić, że weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności.

23. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ustawy Pzp. Przepis ten ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością swoich świadczeń lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

24. Biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także konieczność dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej wdrożona musi być w każdym przypadku gdy pojawia się wątpliwości, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską.

25. Pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, należy jednak z całą stanowczością podkreślić, że każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. W konsekwencji, Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny

ofertowej wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi ustawie Pzp. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią bowiem jedynie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą, a przynajmniej nie jedyną, wytyczną. Każdorazowo dana cena ofertowa winna więc być przez Zamawiającego skrupulatnie weryfikowana, zwłaszcza w kontekście cen zaoferowanych w ofertach konkurencyjnych.

26. Na ten aspekt wielokrotnie zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 21 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2071/14), gdzie wskazane zostało, że „według zapytywania Izby Zamawiający, analizując sytuację cenową wszystkich wykonawców powinien dojść do przekonania, że oferta z najniższą ceną, jako w istotny sposób odbiegająca od cen pozostałych siedmiu wykonawców może zawierać rażąco niską cenę, pomimo, że cena ta mieściła się w wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego”. Podobnie również w wyroku z dnia 11 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2621/18): „Kwotą odniesienia jest bowiem wartość przedmiotu zamówienia powiększona o wymagany podatek od towarów i usług. Niezależnie od powyższego istotne znaczenia ma rzeczywista rynkowa wartość oferowanych usług, co w praktyce najczęściej oznacza porównanie ofert złożonych w postępowaniu”.

27. Zwrócić należy uwagę na zmianę brzmienia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w poprzednio obowiązującej ustawie Pzp.

Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. przewidywał bowiem:

„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego (...)” wobec tego, spójnik „i” wskazywał, że musiały zaistnieć jednocześnie obiektywne okoliczności budzące podejrzenia rażąco niskiej ceny i wątpliwości zamawiającego.

Obecne brzmienie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje:

„jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego”.

Zastąpienie spójnika „i” wyrazem „lub” w sposób oczywisty wskazuje, że nawet jeżeli zamawiający nie ma wątpliwości co do realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny istotnych części składowych oferty, a z obiektywnych okoliczności nie wynika, że ceny te są w sposób zdecydowany i rażący zaniżone w stosunku do cen rynkowych, Zamawiający ma obowiązek (a nie uprawnienie) wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania – takie obiektywne przesłanki do wezwania M&S do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły. Bez przeprowadzenia rzetelnej procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie ma żadnych podstaw do tego, aby domniemywać, że cena ofertowa M&S jest realna.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości co do sposobu oszacowania ceny zamówienia przez M&S, co rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek (nie uprawnienie) wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

28. Odwołujący z całą stanowczością podkreśla, w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 2258/17), że „(...) nawet jeżeli cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień”.

Oczywistym jest, że pułap 30% różnicy nie jest jedyną przesłanką obligującą zamawiającego do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 3703/21), zgodnie z którym: „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty nie tylko wtedy, gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen ofert (art. 224 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), ale także wtedy gdy zaoferowana cena lub 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 (art. 224 ust. 1 ww. ustawy). Oznacza to, że nawet cena, która nie jest niższa od ww. wskaźnika 30 %, może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tejże ceny”. Pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, należy jednak z całą stanowczością podkreślić, że każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie. W konsekwencji, Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia swojej oceny realności zaoferowanej ceny ofertowej wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi ustawie Pzp. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią bowiem jedynie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą, a przynajmniej nie jedyną, wytyczną. Każdorazowo dana cena ofertowa winna więc być przez Zamawiającego skrupulatnie weryfikowana, zwłaszcza w kontekście cen zaoferowanych w ofertach konkurencyjnych. W wyroku z dnia 11 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2621/18): „Kwotą odniesienia jest bowiem wartość przedmiotu zamówienia powiększona o wymagany podatek od towarów i usług. Niezależnie od powyższego istotne

znaczenia ma rzeczywista rynkowa wartość oferowanych usług, co w praktyce najczęściej oznacza porównanie ofert złożonych w postępowaniu”.

Odwolujący w pełni popiera i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone przez Izby w orzeczeniu o sygn. KIO 1441/23: „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty nie tylko wtedy, gdy cena ta jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT lub średniej arytmetycznej cen ofert (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), ale także wtedy gdy zaoferowana cena lub 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 (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp). Oznacza to, że nawet cena, która nie jest niższa od wspomnianego wskaźnika 30%, może budzić wątpliwości zamawiającego i w takim przypadku zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tej ceny (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3703/21). Bez wątpienia norma prawna zawarta w przepisie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania rzeczonego przepisu - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. W zakresie interpretacji przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp pomocniczo zasadnym jest również przywołanie stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w opinii prawnej pn. „Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji” wydanego co prawda na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), ale zachowującego swą aktualność także pod rządami nowej ustawy Pzp, w której m.in. stwierdzono: „W świetle znówelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższy niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).”

29. Przekładając powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy zdaniem Odwołującego zaistniały w nim okoliczności, które generować powinny u Zamawiającego wątpliwości co do

realności ceny zaoferowanej przez M&S i obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury jej wyjaśnienia.

30. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty, uznać należy, iż w niniejszej sprawie występują takie okoliczności, które wzbudzają wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez M&S, które to wątpliwości powinny zostać wyjaśnione w toku badania i oceny ofert. Poza argumentami przedstawionymi niniejszym przez Odwołującego i dodatkowo które zostaną zaprezentowane podczas rozprawy, za takim działaniem Zamawiającego przemawiają względy celowościowe i dbałość o wydatkowanie środków publicznych.

III. Odnosnie naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy M&S jako najkorzystniejszej oferty w części 1 postępowania, wskazać należy, co następuje.

31. Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty M&S jako najkorzystniejszej, przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości, jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności” (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność uniważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

32. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty M&S, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Reasumując, jak dowodzi niniejsze odwołanie, oferta M&S nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 4/09/2024) wskazując na art. 521 ust.1 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględni w całości odwołanie. W uzasadnieniu w szczególności podał: (...)

1. Odwołujący w odwołaniu wniesionym w dniu 19 sierpnia 2024 r. sformułował łącznie trzy zarzuty wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M&S M. S. z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.;

2) zarzut ewentualny – naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S M. S. - zaniechanie czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych;

3) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy M&S M. S. jako najkorzystniejszej oferty.

2. We wniesionym odwołaniu Odwołujący przedstawił żądanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, a także przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w sposób uwzględniający argumentację zawartą w odwołaniu, przy czym w ramach powyższego Odwołujący wskazał czynności, które powinien podjąć Zamawiający tj.:

1) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) powtórzyć czynność badania i oceny ofert z odrzuceniem oferty M&S M. S. z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, ewentualnie z uwzględnieniem nakazania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, 3) dokonać ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

3. Odnosząc się do postawionych zarzutów Odwołującego, Zamawiający zajmuje następujące stanowisko:

1) Zarzut dotyczący wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M&S M. S., który nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z Rozdziału V ust 4 pkt 1) lit a) SWZ.

W wyniku przeprowadzenia czynności oceny ofert, oferta M&S M. S. została najwyżej oceniona, w związku z czym Zamawiający, w trybie art. 274 ust. 1 Pzp., wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W wymaganym terminie wykonawca złożył dokumenty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na adres e-mail. Wśród złożonych dokumentów, znajdował się podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykaz usług wraz z referencjami, który miał potwierdzać spełnienie warunku zgodnie z zapisami z Rozdziału V ust. 4 pkt 1) lit a) SWZ – „(...) o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali lub wykonują co najmniej dwa zamówienia polegające na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków, z uwzględnieniem minimum 15 diet, dla przedszkola i/lub żłobka i/lub szkoły podstawowej realizowane w sposób ciągły przez okres jednego roku szkolnego dla co najmniej 200 dzieci oraz o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każde - zrealizowane na rzecz jednego podmiotu, w ramach jednej umowy”. W toku badania podmiotowych środków dowodowych, zamawiający stwierdził, że w załączonych do Wykazu usług referencjach, brakuje informacji wskazujących liczbę diet oraz potwierdzenie prawidłowego wykonania usługi. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp., wezwał wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o brakujące dokumenty i informacje. W dniu 5 sierpnia 2024 r. wykonawca M&S M. S. uzupełnił Wykaz usług o kolejne zamówienie wykonane na rzecz Niepublicznego Przedszkola Integracyjnego Radosna Planeta w Warszawie wraz z referencjami zawierającymi wszystkie wymagane informacje. Ponadto do dwóch pozostałych usług (poz. 1 i 2) wykonawca załączył oświadczenia własne, że usługi zostały wykonane prawidłowo, bez kar i potrąceń. Zamawiający po przeanalizowaniu odwołania oraz złożonych przez wykonawcę dokumentów, musi zgodzić się z odwołującym, że przedstawione dokumenty są niekompletne.

Pozycja pierwsza wykazu usług: SP. Józefów - usługa świadczona w okresie od 09/2022 do 12/2023. Referencje złożone przez wykonawcę zostały wystawione 25 listopada 2022 r., a więc dwa miesiące po rozpoczęciu realizacji przedmiotu umowy. Złożone oświadczenie było jedynie uzupełnieniem referencji, bez wskazania końcowego okresu realizacji umowy. W konsekwencji zamawiający musi zgodzić się z argumentacją odwołującego, że oba dokumenty nie dotyczą zrealizowanej usługi, a jedynie początkowego okresu jej wykonywania. Z tego powodu dowody złożone na potwierdzenie spełnienia warunku przez M&S M. S. nie mogą być brane pod uwagę.

Pozycja druga Wykazu usług: Przedszkole nr 86 – usługa świadczona w okresie od 01/2023 do 12/2023. Wykonawca M&S M. S. złożył referencje informujące, że usługi były wykonywane na rzecz przedszkola we wskazanym w Wykazie usług okresie, niestety nie

potwierdzały należytego wykonania usługi. Natomiast oświadczenie własne wykonawcy nie zawierało informacji z jakiej, niezależnej od niego przyczyny uzupełnienie referencji było niemożliwe. Z uwagi na zaistniałe okoliczności Zamawiający podziela zdanie odwołującego, że przekazane uzupełnione podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdza, że tylko w przypadku usługi świadczonej na rzecz Niepublicznego Przedszkola Integracyjnego Radosna Planeta w Warszawie wykonawca przedstawił prawidłowe dokumenty. Co oznacza, że nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Podsumowując powyższe zamawiający uwzględnia odwołanie w całości i zobowiązuje się do unieważnienia czynności wyboru wykonawcy M&S S. jako najkorzystniejszej oferty, ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

2) zarzut ewentualny - poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S M. S. - zaniechanie czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych. Zamawiający przychylił się do interpretacji odwołującego, który podkreślił, że wykonawca powinien udzielić wyjaśnień nie tylko w przypadku jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub jej części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia ale również wówczas gdy budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. Po przeprowadzonych obliczeniach i porównaniu ofert, zamawiający nie widział potrzeby zwrócenia się do wykonawcy M&S o wyjaśnienie ceny oferty, ponieważ przesłanka 30% różnicy nie zachodziła. W obecnej chwili, po zapoznaniu się z argumentacją odwołującego jak również mając na uwadze wniosek wykonawcy Rebus Sp. z o.o. złożony tuż po otwarciu ofert, zawierający wątpliwości co do możliwości wykonania usługi za zaoferowaną cenę zamawiający stwierdza, że mógł wezwać M&S M. S. do wyjaśnień ceny oferty celem rozwiania wszelkich wątpliwości.

W związku z powyższym Zamawiający uznaje zarzut w całości i zobowiązuje się do wezwania wykonawcy M&S M. S. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M&S M. S. z/s w Warszawie (Uczestnik) wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z dnia 5 września 2024 r. Uczestnik został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (...) na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo z dnia 9/09/24) Uczestnik M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M&S M. S. z/s w Warszawie podał: (...) Wnoszę sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Oświadczam, że stanowisko merytoryczne w niniejszej sprawie przedstawię w terminie określonym przez Izbę, tj. do 10 września 2024 r."

W piśmie procesowym z dnia 10 września 2024 r. podał: (...)

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty M&S z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie przez wykonawcę M&S (tj. brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu należy zauważyć, że Przystępujący złożył dokumenty, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez podmiot, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Tymczasem w aktach Postępowania znajdują się następujące dokumenty:

1. Wykaz trzech usług odpowiadających warunkowi określonemu na stronie 5

SWZ "Rozdział VII. Podmiotowe środki dowodowe" ust. 5 pkt 2)

- a. uzupełniony o pozycję nr 3 na wezwanie z art. 128 ust. 1 pzp
- b. pozycje nr 1 i 2 po uzupełnieniu pozostały tożsame zgodnie z wykazem usług złożonym na wezwanie z art. 126 ust. 1 pzp;

2. Referencje dotyczące wszystkich usług zgodnie z wykazem usług, a więc:

a. referencje wystawione Niepubliczne Przedszkole Integracyjne Radosna Planeta w Warszawie ul Bora Komorowskiego 18A (pozycja 3 wykazu usług) uzupełnione na wezwanie z art. 128 ust. 1 pzp;

b. referencje wystawione przez Szkołę Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie (pozycja 1 wykazu usług) oraz przez Przedszkole nr 86 w Warszawie, ul. Krupnicza 3 złożone zostały na wezwanie z art. 126 ust. 1 pzp;

- w tym miejscu Przystępujący potwierdza, że data wystawienia referencji odpowiadających pozycji nr 1 wykazu faktycznie przypada przed terminem zakończenia realizacji tego zamówienia, natomiast okoliczność ta nie była przedmiotem wezwania skierowanego do Przystępującego.

3. Oświadczenie własne Wykonawcy dotyczące referencji odpowiadające pozycji nr 1 Wykazu Usług (Szkoła

Podstawowa Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie) potwierdzające, że

- a. "usługa została wykonana prawidłowo bez żadnych potrąceń." oraz
 - b. wskazujące, że brak możliwości uzyskania referencji występuje w związku z okresem urlopowym W związku z okresem urlopowym;
4. kopie zamówień w formie dokumentowej dotyczące zamówienia realizowanego na rzecz Szkoły Podstawowej Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie (pozycja nr 1 wykazu usług).
5. Wezwanie z 31 lipca 2024 r., które Zamawiający przesłał do Przystępującego, gdzie poza przytoczeniem zapisów Dokumentacji Zamówienia zawarto następujące oświadczenie: "W toku badania podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający stwierdził, że w załączonych do Wykazu usług referencjach brakuje informacji wskazujących liczbę zróżnicowanych diet oraz prawidłowe wykonanie usług. W związku z powyższym zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o brakujące informacje. Zamawiający wyznacza termin na uzupełnienie ww. informacji wymienionych do 5 sierpnia 2024 r." [podkreślenie własne Przystępującego].

Treść opisu oceny spełniania relewantnego warunku udziału w Postępowaniu po zmianach z dnia 22 lipca 2024 r. została umieszczona w Rozdziale V ust.4 pkt 1) ppkt a) SWZ i przedstawia się następująco:

"w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali lub wykonują co najmniej dwa zamówienia polegające na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków, z uwzględnieniem minimum 15 diet, dla przedszkola i/lub żłobka i/lub szkoły podstawowej realizowane w sposób ciągły przez okres jednego roku szkolnego dla co najmniej 200 dzieci oraz o wartości co najmniej 200 000,00 zł brutto każde - zrealizowane na rzecz jednego podmiotu, w ramach jednej umowy."

Zdaniem Przystępującego powyższe oznacza, że Zamawiający wymagał wskazania dwóch usług polegających na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków, z uwzględnieniem minimum 15 diet, tymczasem Przystępujący wskazał trzy takie usługi.

Usługa nr 1, dotycząca Umowy ze Szkołą Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie:

1. Referencje zostały wystawione 25 listopada 2022 r. i w tym zakresie mogą podlegać uzupełnieniu - Zamawiający nie wezwał Przystępującego do poprawienia referencji z uwagi na datę ich wystawienia, więc odpowiednia kwalifikacja naruszenia w tym zakresie to ewentualne naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp.
2. Oświadczenie Wykonawcy z 2 sierpnia 2024 r. stanowi odpowiedź na wezwanie Zamawiającego i spełnia wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31 lipca 2024 r.
3. Zamawiający potwierdził zakres usług i ich należyte wykonywanie bezpośrednio ze Szkołą Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie.

Usługa nr 2, dotycząca Umowy z Przedszkolem nr 86 w Warszawie, ul. Krupnicza 3

1. Referencje potwierdzają "zapewnienie wyżywienia dzieciom" w tym również "z nietolerancjami pokarmowymi".
2. W referencjach nie odnotowano żadnych uwag względem działań

Przystępującego, więc należy je odczytywać jako polecające świadczone przez Przystępującego usługi.

Usługa nr 3, dotycząca Niepublicznego Przedszkola Integracyjnego Radosna Planeta w Warszawie ul Bora Komorowskiego 18A:

1. Referencje nie są kwestionowane w odwołaniu;
2. Referencje potwierdzają należyte wykonanie usługi w zakresie wymaganym w Postępowaniu.

Treść wezwania z art. 128 ust. 1 pzp i odpowiedź na wezwanie

Zamawiający nie dostrzegł prawdziwej wady referencji złożonych przez wykonawcę Umowy ze Szkołą Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie, tj. faktu, że pochodzą one spoza okresu akceptowanego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast wezwał Przystępującego do uzupełnienia referencji o informacje, które wykraczają poza zgodne z prawem oczekiwania wobec dokumentów poświadczających należyte wykonanie zamówienia. Przystępujący podnosi, że treść referencji powinna być oceniana całościowo, z uwzględnieniem okoliczności ich wystawienia, czyli zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń wiedzy, a nie przez pryzmat pojedynczych słów lub zwrotów. Jeżeli z treści referencji wynika, że wykonawca wykonał wcześniejsze zamówienia, to brak słowa "należyte" nie powinien prowadzić do negatywnej oceny tych referencji. List referencyjny niezawierający żadnych zastrzeżeń należy odczytywać jako potwierdzenie profesjonalizmu Wykonawcy i należytego wykonywania obowiązków przez podmiot, na rzecz którego referencje są wystawiane. Zamawiający powinni unikać nadmiernego formalizmu przy ocenie referencji. Kluczowe jest, aby rzeczywista treść referencji wskazywała na należyte wykonanie wcześniejszych

zamówień, a nie tylko obecność konkretnego słowa. Podobną opinię wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w

uzasadnieniu Wyroku z dnia 7 grudnia 2021, sygn. akt KIO 3423/21 "Podkreślić więc po pierwsze należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie konkretnego, zindywidualizowanego warunku. Dokument referencji nie musi też wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie, bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub usług. Zauważyć należy, że przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 kodeksu cywilnego staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju, przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności. Dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia o należyтым wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi."

Z wszystkich złożonych przez Przystępującego referencji wynika, że zamówienia zostały wykonane i nie wskazano w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Przeciwnie, przekazano Przystępującemu dokument oznaczony jako "referencje" z jasną intencją, że będzie on służył do dalszego polecenia i promowania usług Przystępującego. Wezwaniem z dnia 31 lipca 2024 r. Zamawiający domagał się potwierdzenia ilości diet oraz faktu, że usługi zostały wykonane należycie, przy czym z treści wezwania nie można odczytać, czy należyte potwierdzenie ma dotyczyć całości warunku w Postępowaniu, czy też ilości diet. Ponadto w wezwaniu nie sprecyzowano, że oświadczenia w tym zakresie nie mogą pochodzić od Wykonawcy. Przeciwnie Wykonawca otrzymał informację od pracownika Zamawiającego, że jest to wyłącznie formalność, gdyż Zamawiający potwierdził prawdziwość oświadczenia Wykonawcy bezpośrednio ze Szkołą Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie - w aktach Postępowania zalega korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z tą szkołą. Mimo wadliwego wezwania Wykonawca podjął kroki, aby wyjaśnić wszelkie wątpliwości Zamawiającego. W szczególności Wykonawca przekazał Zamawiającemu korespondencję potwierdzającą szeroki zakres proponowanych diet. Jednocześnie, złożone oświadczenie własne Przystępującego zawiera wszelkie informacje wymagane dla oświadczenia składanego zamiast poświadczenia podmiotu trzeciego. W szczególności Wykonawca potwierdził należyłą realizację zamówienia i wskazał notoryjny powód dla którego nie mógł uzyskać referencji, czyli okres urlopowy w placówkach edukacyjnych skorelowany z okresem wakacyjnym. Wykonawca nie podjął kolejnej próby uzyskania referencji w okresie od 31 lipca do 4 sierpnia, gdyż, jak już wskazano, otrzymał on informację, że Zamawiający samodzielnie potwierdził należyte wykonanie zamówienia ze Szkołą Podstawową Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie. W tych

okolicznościach Wykonawca uwierzył Zamawiającemu i przedstawił wyłącznie dokument własny. Należy również ocenić, że okres od 31 lipca 2024 r. do 4 sierpnia był zbyt krótki, aby uznać, że intencją Zamawiającego było pozyskanie przez Przystępującego nowych referencji, a sam Zamawiający nie wskazał, że wymaga uzupełnienia dokumentu pochodzącego od innego zamawiającego. Przeciwnie, wezwanie jest na tyle ogólne, że właściwie stanowi wezwanie do wyjaśnienia, a nie uzupełnienia dokumentu.

Podsumowując, należy uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, a w przypadku przeciwnej oceny, ma on prawo oczekiwać poprawnego wezwania, wraz ze wskazaniem, jaki dokument powinien złożyć wraz z pouczeniem, że: 1. jeżeli będą to referencje to powinny być wystawione po zakończeniu realizacji umowy;

2. jeżeli przedstawione jest oświadczenie własne wykonawcy to powinno ono zawierać uzasadnienie dotyczące okoliczności uzasadniających dlaczego Wykonawca nie pozyskał referencji wraz z ewentualnym uszczegółowieniem dotyczącym wykazania lub uprawdopodobnienia tych okoliczności. Odwołujący zdaje się oczekiwać, że Wykonawca swoje czynności wykona z uwzględnieniem znajomości, nie tylko przepisów ale również doktryny prawa zamówień publicznych w stopniu przekraczającym wymagania stawiane Zamawiającemu.

W odpowiedzi na zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S, tj. zaniechanie czynności wezwania M&S do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych Przystępujący zauważa, co następuje: Cena oferty brutto Przystępującego wynosi 1 753 004,16 zł; Zamawiający dokonał

oszacowania wartości zamówienia na kwotę 1 753 834,67 zł; czyli po pomniejszeniu o 30% jest to wartość 1 227 684,29 zł; Średnia cena złożonych w Postępowaniu ofert wynosi 1 894 853,72 zł; czyli po pomniejszeniu o 30% jest to wartość 1 326 397,60 zł. W pkt 13 odwołania na str. 8 Odwołujący wskazuje: „Jak wynika z pkt 3 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-TP) łączna wartość zamówienia zostało określona na kwotę 1 753 834,67 zł, co stanowi równowartość 378 218,00 euro. Zgodnie z

obowiązującymi przepisami, szacunkowa wartość zamówienia podawana jest w kwocie netto. Szacunkowa wartość zamówienia powiększona o wartość podatku od towarów i usług (23%) wynosi zatem 2157 216,64 zł" (podkreślenie własne). Następnie w pkt 14 odwołania na str. 8 Odwołujący wskazuje: „Jak wynika z powyższego, cena oferty złożonej przez wykonawcę M&S istotnie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia brutto. Zarówno istniejąca różnica, na poziomie ok. 20%, jak i różnica cenowa pomiędzy ofertą M&S a pozostałymi złożonymi w postępowaniu ofertami powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, szczególnie, że marże wykonawców w postępowaniach na usługi

przygotowania i wydawania posiłków są co do zasady znikome i balansują na granicy opłacalności realizacji zamówienia. Już tylko powyższe okoliczności powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i powinny skutkować skierowaniem wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień."

Powyższe, zdaniem wykonawcy, oznacza wprowadzenie Zamawiającego jak również Krajowej Izby Odwoławczej w błąd co do stawki VAT, obliczeń kwot, co skutkowało fałszywym przedstawieniem okoliczności różnicy cenowej, w tym rzekomego rażącego zaniżenia cen. To w uzasadnieniu odwołania doszło do rażącego zawyżenia kwoty, od której Zamawiający miałby liczyć wartość zamówienia i oceniać oferty. Na etapie weryfikacji ofert w żadnym wypadku nie było mowy o rażąco niskiej cenie, dopiero po odwołaniu po wskazaniu fałszywej stawki VAT zawyżającej wartości o 15%, w sposób mylny, niepoprawny i wysoce krzywdzący przedstawiono zestawienia ofert. Niestety Zamawiający nie dostrzegł powyższej manipulacji. Sam odwołujący w formularzu ofertowym ZP.271.1.PR1.2024 Załącznik nr 9 do SWZ posługuje się stawką 8% VAT, a już w odwołaniu porównując liczby stosuje stawkę 23% VAT, co oczywiście mylnie ukazuje różnicę cenową. Skoro sam Odwołujący w obliczeniach w pkt 14 odwołania wskazał na różnicę cen na poziomie około 20%, a przy obliczeniach zastosowano celowo błędną stawkę VAT o 15% większą niż obowiązująca, oznacza to, że różnica cenowa wynosi ok. 5%, co absolutnie nie stanowi o rażąco niskiej cenie. W dalszej części rzekomych obliczeń wartości wskazanych w ofercie należy wskazać na następujące okoliczności: Zamieszczone w tabelach na stronach 10,11,12 kwoty są kwotami szacunkowymi, bez wskazania ich źródła pochodzenia, ani potwierdzenia ich faktycznego poniesienia, Wyliczenia wsadu do kotła i innych kosztów nie mają sensu gdyż są oparte na szacunkach, niepopartych żadnymi dowodami, żadnymi potwierdzeniami rzeczywistych kosztów. Zaproponowane ceny są po prostu zawyżone. Ewentualnie, należy uznać, że twierdzenia te potwierdzają tezę, iż Odwołujący nie byłby w stanie wykonać zamówienia za cenę zaproponowaną przez Przystępującego. Sam Wykonawca M. S. i jego żona są zatrudnieni w przedsiębiorstwie, zatem de facto wskazany koszt pracownika należy powiązać z marżą, zarówno zysk z marży Wykonawcy jak i wynagrodzenie za pracę są jego zyskiem, zatem kwestia „granicy opłacalności” przedsięwzięcia w takim przypadku znacząco się przesuwają. Wykonawca może po prostu sobie pozwolić na niższą marżę, którą rekompensuje wynagrodzeniem za pracę. Wartość wynagrodzenia minimalnego jak wskazał Odwołujący na str. 10 szacunkowo wynosi 4.300 PLN, zatem kwota pomnożona przez 24 miesiące stanowi wartość 103.200 PLN na samego oferenta M. S. i drugie tyle na jego żonę K. S., co daje ostatecznie łącznie zysk w wysokości 206.400 PLN dla oferenta i jego żony. Nie sposób zatem w tak porównywalną złożone oferty, a Wykonawca jak najbardziej osiągnie zysk z wykonywanej pracy i nie na razie na przeplacanie rodziców dzieci. Ponadto według wyliczeń Odwołującego się minimalna kwota realizacji zamówienia to 1824.000 PLN czyli

rzekomo mnożnik 24 miesięcy przez kwotę 76.000 PLN. Oznaczałoby to, że Wykonawca Rebus sp. z o.o. zyskałby na tym kontrakcie 66.593,22 PLN przez 24 miesiące, co daje kwotę 2.774,72 PLN miesięcznie zysku, która to kwota nie uzasadnia prowadzenia działalności w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. (wyliczenie w oparciu o fakt, że Wykonawca Rebus w swojej ofercie wskazał wartość 1.890.593,22 PLN.)

W odpowiedzi na zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy M&S jako najkorzystniejszej oferty należy zauważyć, że oferta Wykonawcy niewątpliwie została wybrana na podstawie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, gdyż kryterium oceny ofert stanowi wyłącznie cena. Nie jest kwestionowany fakt, że oferta Przystępującego jest najtańsza spośród ofert złożonych w Postępowaniu. Zarzut ten został postawiony jako samodzielny i jako taki jest w sposób oczywisty niezasadny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu. Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba musi mieć na względzie dyrektywy wskazane w przepisach ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w szczególności wynikające z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, a także z art. 555 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów: „Strony i uczestnicy postępowania zamówienia, gdyż kryterium oceny ofert stanowi wyłącznie cena. Nie jest kwestionowany fakt, że oferta Przystępującego jest najtańsza spośród ofert złożonych w Postępowaniu. Zarzut ten został postawiony jako samodzielny i jako taki jest w sposób oczywisty niezasadny.”. Z kolei drugi z nich stanowi, że: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”.

W odwołaniu wykonawca Rebus Sp. z o.o. z/s w Dąbrowie Chotomskiej (Odwołujący) podniósł zarzuty wobec oferty wykonawcy M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: M&S M. S. z/s w Warszawie (Uczestnik lub Przystępujący M&S) i wskazał na naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp podnosząc zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M&S z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie przez tego wykonawcę (tj. brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.) podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał ponadto na zarzut ewentualny – naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp podnosząc zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S, tj. zaniechanie czynności wezwania M&S do udzielenia

wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych. W konsekwencji podniósł zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp wskazując na bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy M&S jako najkorzystniejszej oferty.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp Izba miała na uwadze w pierwszej kolejności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SWZ) – Rozdział VII ust.5 pkt 1). Zgodnie z tym postanowieniem:

„5. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający wezwie go do złożenia następujących środków dowodowych:

1) wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 4 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy

czyż dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów -oświadczenie wykonawcy (...).

Na wezwanie z dnia 25 lipca 2024 r. Uczestnik M&S w Wykazie usług na wymaganym formularzu (zał. nr 5) wymienił 2 usługi:

L	Przedmiot / nazwa	Liczba osób objęta	Data rozpoczęcia i	Podmiot, na	Wartość
P.	zamówienia (zgodnie z Rozdziałem V ust. 4 pkt 1 SWZ)	zamówieniem	zakończenia zamówienia	rzecz którego roboty zostały wykonane	wykonanych usług NETTO
1.	Usługa żywienia zbiorowego dzieci w szkole	400	09/2022-12/2023	Szkoła Podstawowa Nr 3 im. Łączniczek Armii Krajowej w Józefowie	1 368 475
2.	Usługa zbiorowego żywienia dzieci w przedszkolu	200	01/2023-12/2023	Przedszkole nr 86 w Warszawie ul. Krupnicza 3	618 300

Do tego wykazu załączył 2 referencje.

W pierwszym dokumencie referencyjnym (Szkoła Podstawowa w Józefowie) podano: „Firma My Space Catering Pana M. S. jest dostawcą wyżywienia dla dzieci w naszej szkole. Posiłki przygotowywane przez tę firmę są smaczne”.

W drugim z kolei (Warszawa, ul. Krupnicza) wskazano:

„Niniejszym zaświadcza, że firma My Space Catering (M&S M. S.) świadczyła usługi na rzecz naszej placówki w okresie od Stycznia 2023 do Grudnia 2023 roku. Dostawy były realizowane w oparciu o całodienne wyżywienie dla dzieci w wieku przedszkolnym w ilości około 200 posiłków dziennie. Firma zapewniała również wyżywienie dzieciom z nietolerancjami pokarmowymi”.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 31.07.2024 r. podał: (...) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymagał złożenia wraz z Wykazem usług — załącznik nr 5 do SWZ, dowodów określających, czy usługi te zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. Dokumenty miały potwierdzać, że wykonawca w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie - wykonał należycie co najmniej dwie usługi polegające na świadczeniu usług przygotowywania i wydawania posiłków z uwzględnieniem minimum 15 diet...” W toku badania podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający stwierdził, że w załączonych do Wykazu usług referencjach brakuje informacji wskazujących liczbę zróżnicowanych diet oraz prawidłowe wykonanie usług. (podk. KIO) W związku z powyższym zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o brakujące informacje”.

W odpowiedzi na to wezwanie Uczestnik M&M przedstawił Wykaz, w którym dodano 3 pozycję:

3 Usługa zbiorowego żywienia 200 01/2023-aktualnie Niepubliczne Przedszkole 950 000 dzieci w przedszkolu Radosna Integracyjne

Planeta w Warszawie ul Bora Komorowskiego 18A

Załączono dla tej 3 pozycji dokument referencyjny:

„Zaświadcza się, że firma My Space Catering, prowadzona przez M&S M. S., świadczy usługi cateringowe dla Niepublicznego Przedszkola Integracyjnego „Radosna Planeta” w Warszawie, ul.

Gen. Bora-Komorowskiego 18A, prowadzonego przez RHM Services Roberto Hideki Hongo Moreno’ nieprzerwanie od dnia 2.01.2023r.

Ilość porcji dziennie: +/- 200

Ilość diet specjalnych dziennie: +/- 30

Uwagi: Brak zastrzeżeń do jakości świadczonych usług”.

Do zamówienia referencyjnego z pozycji 1 (Szkoła Podstawowa w Józefowie) załączono

ponadto Oświadczenie o treści:

„Niniejszym uzupełniam przedmiotowe referencje Szkoły Podstawowej Nr 3 w Józefowie o screeny smsów z zamówieniami posiłków uwzględniających wykaz około 24 diet (10 zup plus 14 II dań) wraz z ich specyfikacją. Dodatkowo oświadczam, iż usługa została wykonana prawidłowo bez żadnych potrąceń.

W związku z okresem urlopowym i braku możliwości uzyskania szczegółowych informacji dodatkowo załączam referencje kolejnej placówki celem uzupełnienia, zawierające wszystkie niezbędne informacje”.

Do zamówienia referencyjnego z poz. 2 (Przedszkole w Warszawie, ul. Krupnicza) załączono także Oświadczenie o treści:

„Niniejszym uzupełniam przedmiotowe referencje o wykaz diet wraz z ich specyfikacją oraz screen z wysłanym mailem do Przedszkola nr 86 potwierdzającym zastosowanie zamienników zgodnie ze wskazaniem potrzeb dzieci z nietolerancjami. Dla potrzeb Przedszkola nr 86 ul. Krupnicza 3 Warszawa było przygotowywanych około 22 diet. Dodatkowo oświadczam, iż usługa została wykonana prawidłowo bez żadnych potrażeń.” Do tego oświadczenia załączono dokument o nazwie „Rozpiska diet”.

Zarzut nie podlega uwzględnieniu. Izba zwraca uwagę na treść cytowanego wyżej postanowienia SWZ w myśl którego wymagane było złożenie referencji bądź innego dokumentu sporządzonego przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane potwierdzającego ich należyte wykonanie lub złożenie przez samego wykonawcę oświadczenia, jeżeli z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. W tym przypadku należało przede wszystkim zgodzić się z Uczestnikiem, że treść referencji powinna być oceniana całościowo, z uwzględnieniem okoliczności ich wystawienia, a zatem zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń wiedzy, a nie przez pryzmat pojedynczych słów lub zwrotów. List referencyjny ze swej natury ma charakter polecający (rekomendacyjny), w tym przypadku podmiot, a jego głównym celem jest przedstawienie wykonawcy w pozytywnym świetle, co do jego kompetencji i sposobu wykonywania umowy (zamówienia). Zatem, jeżeli z treści dokumentu oznaczonego jako list referencyjny nie wynika negatywna ocena to brak słowa "należyte wykonanie" nie powinien – a priori -prowadzić do negatywnej oceny takich referencji. List referencyjny bowiem niezawierający żadnych zastrzeżeń (negatywnych ocen) należy odczytywać jako potwierdzenie należytego wykonywania obowiązków przez podmiot, na rzecz którego referencje są wystawiane. Zamawiający w wezwaniu nie kwestionuje ich aspektu ani co do daty ich wystawienia, ani okresu. Wezwanie przede wszystkim dotyczy uzupełnienia referencji o informacje, które nie

są żądane w SWZ, a poza tym wykraczają poza standardowe – zgodnie z prawem -oczekiwania wobec dokumentów poświadczających należyte wykonanie zamówienia. Niemniej jednak Uczestnik M&S odpowiedział pozytywnie na to wezwanie i w możliwy – dostępny wykonawcy z uwagi na okres wakacyjny – sposób przedstawił informacje, co do liczby zróżnicowanych diet oraz ponownie potwierdził oświadczeniami własnymi prawidłowe wykonanie usług. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w postanowieniu SWZ (ani w wezwaniu z 31.07.24) nie żądał, aby wykonawca składając oświadczenie własne jednocześnie przedstawił uzasadnienie na okoliczność braku pozyskania referencji o treści jaka była żądana 31.07.24 wraz z ewentualnym uszczegółowieniem dotyczącym wykazania lub uprawdopodobnienia tych okoliczności, ale wykonawca w drugim z oświadczeń odniósł się do tej kwestii wskazując na okres wakacyjny.

Reasumując Izba stwierdza, że złożonych dokumentów referencyjnych nie wynika, aby zamówienia nie zostały wykonane należycie, w ich treści bowiem nie wskazano żadnych zastrzeżeń, co jakości i sposobu wykonania zamówień. Przeciwnie, jak słusznie podnosił Przystępujący, w dokumentach oznaczonych jako "listy referencje" zawarto jasną intencję, że służą one do dalszego polecenia usług Uczestnika M&S. Izba na marginesie zauważa także, że przedłożona przez Uczestnika korespondencja prowadzona przez Zamawiającego ze Szkołą w Józefowie (poz. 1 Wykazu) także potwierdza należyte wykonanie tej usługi, który to sposób działania jest zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Izba wskazuje na art. 128 ust. 5 zgodnie z którym: „Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów”.

Reasumując Izba stwierdza, że wykonawca M&S potwierdził należyłą realizację zamówień oraz wskazał notoryjny powód dla którego nie mógł uzyskać referencji, czyli okres urlopowy w placówkach edukacyjnych skorelowany z okresem wakacyjnym, w zakresie zmodyfikowanym skutkiem żądania z 31.07.2024. Zamawiający oczywiście może w ramach samokontroli żądać dodatkowych wyjaśnień do treści dokumentów, jednakże treść wezwania powinna być zgodna z SWZ, a tym samym z przepisami o zamówieniach publicznych.

Wobec powyższych ustaleń zarzut zaniechania (...) odrzucenia oferty wykonawcy M&S z uwagi na brak złożenia w przewidzianym terminie przez tego wykonawcę (tj. brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.07.2024 r.) podmiotowych środków

dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu” – jako niezasadny podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut ewentualny - naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Zgodnie z punktem 3 Protokołu postępowania (...) (ZP-TP):

„3.Wartość zamówienia: łączna wartość zamówienia wynosi: 1 753 834,67 zł co stanowi równowartość 378 218,00 euro

Sposób ustalenia wartości zamówienia: rozeznanie rynku oraz na podstawie aktualnie obowiązujących stawek za żywienie w przedszkolu i żłobku.

(...)

„12. Otwarcie ofert

(...) 3. Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości: 1 000 000,00 zł" (...)

„13. (...) Do upływu terminu składania ofert zostały złożone 3 oferty:

Nr	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty brutto (zł)
1.	Rebus Sp. z o.o. (...)	1 890 593,22
2.	M&S M. S. (...)	1 753 004,16
3.	Sani &Sazi Zdrowi i Najedzeni T. S. Sp. z o.o. (...)	2 040 963,78

W Rozdział XII SWZ [Opis sposobu obliczania ceny oferty] podano:

„1. Wykonawca określa cenę oferty poprzez wpisanie w Formularzu ofertowym ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, określonej w oparciu o przeliczone w tabeli oferowane ceny jednostkowe, na następujących warunkach:

1) W Kalkulacji wartości posiłków dla Przedszkola, wykonawca podaje cenę wykonania usługi przy przygotowaniu i wydaniu posiłków w jednym dniu żywienia, sumuje ją z wartością wsadu do kotła (wartość stała – 11,11 zł netto), a uzyskany wynik przemnaża przez liczbę dzieci oraz liczbę dni żywienia.

2) W Kalkulacji wartości posiłków dla Żłobka, wykonawca podaje łączną cenę surowców i usługi przy przygotowaniu i wydaniu posiłków w jednym dniu żywienia, którą przemnaża przez liczbę dzieci oraz liczbę dni żywienia.

UWAGA: Koszt całkowity posiłków w jednym dniu żywienia dla Żłobka nie może przekroczyć kwoty 13,88 zł netto.

Jeżeli wykonawca wpisze w tabeli kwotę wyższą niż wskazany limit, zamawiający na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawi jego ofertę, poprzez zmniejszenie wartości do wskazanego limitu - a w konsekwencji zmniejszy cenę oferty o kwotę odpowiadającą wysokości dokonanej korekty.

3) Zsumowaną wartość posiłków z tabeli dla Przedszkola i Żłobka wykonawca wpisuje do pozycji „ŁĄCZNA CENA OFERTY NETTO”.

2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 8%.(...)

W Formularzu oferty (Zał. pkt 1) wskazano:

„1. Niniejszym składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, za poniższą cenę, określoną w oparciu o poniższą kalkulację:

PRZEDSZKOLE	Liczba dni	Wsad do kotła	Cena netto	Wartość posiłków
Liczba dzieci	[B]	netto -	usługi -	netto (zł)
[A]		całodzienne	całodzienne	kol. A x B x (C+D)
		wyżywienie	wyżywienie	
		[C]	[D]	
200		458	11,11 zł	
ŻŁOBEK Liczba		Liczba dni	Koszt całkowity netto - Wartość posiłków netto (zł)	
dzieci	[B]		całodzienne wyżywienie	kol. A x B x C
[A]			[C]	
32			458	

ŁĄCZNA CENA OFERTY NETTO (suma zł

wartości posiłków przedszkola i żłobka)

Wartość podatku VAT wg stawki 8% zł

ŁĄCZNA CENA OFERTY BRUTTO zł

słownie:

Odwolujący wskazany zarzut - zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie M&S, a mianowicie zaniechanie czynności wezwania M&S do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia

dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub istotnych części składowych - oparł przede wszystkim na twierdzeniu, że cena oferty wykonawcy M&S istotnie odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (brutto). Zdaniem Odwołującego, zarówno istniejąca różnica, na poziomie 20%, jak i różnica cenowa pomiędzy ofertą M&S a pozostałymi złożonym w postępowaniu ofertami, powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, szczególnie, iż marże wykonawców w postępowaniach na usługi przygotowania i wydawania posiłków są co do zasady znikome i balansują na granicy opłacalności realizacji zamówienia. Powyższe okoliczności powinny – zdaniem Odwołującego - wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować skierowaniem wezwania wykonawcy M&S do złożenia wyjaśnień. W tym przypadku Odwołujący wskazując na wartości do obliczeń przyjął stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Przede wszystkim nie jest zgodne ze stanem faktycznym twierdzenie, że w przypadku tego zamówienia wymagana stawka podatku VAT to 23 %. Zgodnie chociażby z cyt. Rozdziałem XII SWZ ust. 2.: „ Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 8%.(...) Takie stawki zastosował każdy wykonawca, w tym Uczestnik jak i Odwołujący, w ich ofertach. Skutkiem zastosowania przez Odwołującego w argumentacji zarzutu nieprawidłowej stawki VAT, zawyżającej wartości o 15%, nastąpiło zawyżenie kwot, od których Zamawiający miałby liczyć wartość zamówienia i oceniać oferty. Izba zgodziła się z Uczestnikiem, że na etapie weryfikacji ofert okoliczności nie wskazywały na rażąco niską cenę, uzasadniające wezwanie Uczestnika na podstawie art. 224 ust.1 i 2 ustawy Pzp do złożenia stosownych wyjaśnień. Izba też zwraca uwagę, że Uczestnik przedstawił łączną kwotę wynagrodzenia na wykonanie przedmiotu zamówienia, za określoną w oparciu o kalkulację wymaganą w Formularzu oferty w punkcie 1. Uczestnik w formularzu oferty podał:

„1. Niniejszym składamy ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, za poniższą cenę, określoną w oparciu o poniższą kalkulację:

PRZEDSZKOLE	Liczba dni	Wsad do kotła	Cena netto	Wartość posiłków
Liczba dzieci	[B]	netto -	usługi -	netto (zł)
[A]	całodzienne	całodzienne	kol. A x B x	(C+D)
	wyżywienie	wyżywienie		
	[C]	[D]		
200	458	11,11 zł	4,53	1 432 624

ŻŁOBEK	Liczba	Liczba dni	Koszt całkowity	Wartość posiłków netto (zł)
dzieci	[B]	netto -	całodzienne	kol. A x B x C
[A]	wyżywienie			
	[C]			
32	458	13		190 528

ŁĄCZNA CENA OFERTY NETTO (suma wartości posiłków przedszkola i żłobka) Wartość podatku VAT wg stawki 8%

ŁĄCZNA CENA OFERTY BRUTTO

1 623 152 zł

129 852,16 zł

1 753 004,16 zł

słownie: jeden milion siedemset pięćdziesiąt trzy tysiące cztery złote szesnaście groszy (...)

W myśl art. 224 ust. 1 Pzp:

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

Z kolei w ust. 2 pkt 1 tego artykułu ustawodawca wskazał:

„2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty 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; (...)

Tak jak wyżej wskazano:

- a) wartość zamówienia stanowi kwotę netto: 1 753 834,67 zł
- b) cena oferty Uczestnika M&S stanowi kwotę netto (pomniejszona kwota łączna brutto o stawkę podatku VAT 8%) – 1 612 763,83 zł
- c) średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu – 1 894 853,72 zł

Tym samym wskaźnik 30 % w żadnym przypadku nie jest osiągnięty. Stosunek bowiem wartości wynosi odpowiednio: $b/a = 92 \%$; $b/c = 85\%$.

W konkluzji Izba stwierdza, że formalnie podstawy do zastosowania wezwania wymaganego w okolicznościach wskazanych w tym stanie faktycznym nie wystąpiły. Ponadto, zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego, braku podania przez wykonawcę M&S w ofercie realnych kosztów przygotowania posiłków, bez uwzględniania wartości tzw. wsadu surowcowego, czy podania wartości zaniżonych, które w sposób jednoznaczny uniemożliwiają wykonanie usługi w sposób wymagany przez Zamawiającego, a tym samym, że mamy do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę, nie zostały wykazane. Zamieszczone w tabelach na stronach 10,11,12 odwołania kwoty – jak podnosił Uczestnik – są kwotami szacunkowymi, bez wskazania ich źródła pochodzenia, ani potwierdzenia ich faktycznego poniesienia. Wyliczenia wsadu do kotła i innych kosztów są oparte na szacunkach, nieopartych dowodami potwierdzającymi rzeczywiste koszty.

Tym samym Izba uwzględniając wskazane powyżej dyrektywy z art. 534 ust.1 ustawy Pzp oraz z jej art. 555 uznała, że także podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 224 ust.1 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Niewątpliwie wskazanie przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny nie uniemożliwia Zamawiającemu dokonywania badania ceny co do jej realności, gdy ten wskaźnik - jak w tym stanie faktycznym oceny - wystąpi na niskim poziomie. Każdy z przypadków – jak podnosi się w orzecznictwie - musi podlegać indywidualnej ocenie. Ocena Zamawiającego nie musi być ograniczona wyłącznie do formalnego jej porównania z pułapami procentowymi określonymi ustawie Pzp. Pułapy procentowe określone w tym przepisie stanowią niewątpliwie pewną wskazówkę co do sytuacji, w której możemy mieć do czynienia z rażąco niską ceną, nie są jednak wiążącą, a przynajmniej nie jedyną, jak podnosił Odwołujący wytyczną. Tym sam Zamawiający, o ile pojawiły się wątpliwości - jak podał w odpowiedzi na odwołanie po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego - ma prawo – na każdym etapie unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwać wykonawcę M&S do wyjaśnienia ceny oferty celem rozwiania tych wątpliwości jak i co do wyjaśnień innych - związanych ze złożoną ofertą, chociażby co do jej zgodności z SWZ, przykładowo co do liczby wymaganych pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, których zadaniem będzie przygotowywanie posiłków. Natomiast Izba orzekając w przedmiocie zarzutów ma na uwadze stan prawny i faktyczny sprawy z daty wniesienia odwołania z uwagi na dyrektywy wynikające ze wskazanych powyżej przepisów.

Mając na uwadze powyższe ustalenia także trzeci z zarzutów naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego na rzecz Uczestnika po stronie Zamawiającego z uwagi na wynik tego postępowania odwoławczego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.