

WYROK

Warszawa, dnia 14 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Warszawskie Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie II.4 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Warszawskie Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Odwołującego – wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi po połowie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 88 zł 40 gr (słownie: osiemdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a nadto kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7553 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset pięćdziesiąt trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3886/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawskie Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę żywienia zbiorowego pacjentów Warszawskiego Centrum Opieki Medycznej „KOPERNIK” Sp. z o.o.* (znak postępowania: WCOM.KZ.270.4.2024).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2024 r. pod numerem 296365-2024.

W dniu 21 października 2024 r. wykonawca Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie od czynności lub zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy DUSSMANN POLSKA sp. z o.o. (dalej: „Wykonawca”) jako zawierające rażąco niską cenę;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy DUSSMANN POLSKA sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia
3. wyborze oferty Wykonawcy DUSSMANN POLSKA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę, pomimo iż udzielone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie zawierają wszystkich przewidzianych w SWZ kosztów, a więc nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
2. ewentualnie art. 224 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, uwzględniających wartości kosztów w porównaniu do

liczby posiłków wskazanej w SWZ;

3. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy jadłospis złożony wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny jest niezgodny z Opisem przedmiotu zamówienia;

4. art. 239 ust. 1 w zw. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto zawierała cenę rażąco niską.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

ystniejszej;

POLSKA sp. z o.o. – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp;

z pkt nr 1 – wezwania Wykonawcy – DUSSMANN POLSKA sp. z o.o. – do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny;

POLSKA sp. z o.o. – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp;

y ofert w postępowaniu;

niejszej.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 7 listopada 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 7 listopada 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wykonawca Dussmann Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

[dalej „Przystępujący” lub „Dussmann”] skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 14 października 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron

i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 listopada 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy złożone przez Przystępującego w toku rozprawy wnioski dowodowe, tj. trzy faktury VAT dotyczące zakupu wagi z legalizacją oraz dwie oferty ze stron internetowych dotyczące wag.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia jest usługa całodziennego żywienia pacjentów Zamawiającego tj. przygotowanie i dostawa gotowych, posiłków w odpowiednich porcjach

i ilościach, zabezpieczających dzienne racje pokarmowe (usługa wykonywana w systemie bimarowym).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2a i 2b do SWZ.

Zgodnie z załącznikiem nr 2a do SWZ Opis przedmiotu zamówienia – Formularz asortymentowy:

5. Na czas trwania umowy Wykonawca udostępni Zamawiającemu 3 termometry (do pomiaru temperatury posiłków) posiadające świadectwo wzorcowania, z pojemnikami do przechowywania, (z czego 2 termometry dedykowane do pomieszczeń cateringowych mieszczących się w Szpitalu przy ul. Mikołaja Kopernika 43, zaś 1 będzie użytkowany w pomieszczeniu cateringowym przy ul. Przykoszarowej 16). Udostępniane termometry powinny być nowe. Ewentualne koszty naprawy udostępnianych sprzętów ponosi Wykonawca. Na czas ewentualnie naprawy Wykonawca udostępni sprzęt zastępczy

o parametrach nie gorszych niż sprzęty zastępowane. Termometry po zakończeniu umowy przejdą na stan Zamawiającego.

6. Na czas trwania umowy Wykonawca zapewni Zamawiającemu 1 wagę ze świadectwem wzorcowania z zakresem

miaru do 10 kg. Po zakończeniu umowy sprzęt przejdzie na stan Zamawiającego.

W załączniku 2a rozdział „WYMAGANIA ZAMAWIAJĄCEGO I HARMONOGRAM DOSTARCZANIA POSIŁKÓW”:

2. Wszystkie śniadania i kolacje z uwzględnieniem warzyw lub owoców (w przypadku śniadań lub kolacji „na słodko”) do każdego z wymienionych posiłków. Wszystkie drugie śniadania z uwzględnieniem porcji świeżych owoców. Wszystkie podwieczorki

z uwzględnieniem m. in. świeżych owoców, jogurtów, budyniów, ciast. Gramatura warzyw do każdego ze wskazanych posiłków uwzględniająca wagę produktu „na talerzu” to minimum 70g (w przypadku sałaty 20g), gramatura owoców do każdego ze wskazanych posiłków uwzględniająca wagę produktu „na talerzu” to minimum 100g.

14. W jadłospisie dekadowym (śniadanie i kolacja) produkty wędliniarskie mogą występować maksymalnie 10 razy (w tym: 5 x z mięsa z mięsa czerwonego i 5 x z mięsa drobiowego). Pozostałe 10 to produkty nabiałowe i jajko.

17. Zamawiający przewiduje osładzanie napojów przygotowywanych na miejscu 5g cukru na 250ml napoju gotowego do spożycia, w związku z czym Wykonawca zobowiązuje się do dostarczania cukru do śniadania i kolacji.

18. Wykonawca zapewni odpowiednią jakość dostarczanych produktów i posiłków

- warzywa (minimum 3 porcje dziennie), owoce (minimum 1 porcja codziennie) świeże, jędrne, nie konserwowe, nie nadgniłe, dobrze umyte, nie odmrażane, wśród owoców maksymalnie 50% mogą stanowić jabłka,

- mleko i produkty mleczne muszą być uwzględnione każdego dnia w ilości minimum 2 porcji,

jako zamienniki mleka w dietach eliminacyjnych Zamawiający dopuszcza: napoje sojowe, owsiane, jaglane, kokosowe czy migdałowe,

- w ramach dekady należy uwzględnić nasiona roślin strączkowych minimum 2 razy dla diety

Podstawowej.

Załącznik 2b do SWZ stanowi formularz cenowy, w którym Zamawiający określił następujące ilości posiłków w okresie 24 miesięcy:

śniadania – 22920;

II śniadanie – 19848;

obiad – 24912;

podwieczorek – 25992;

kolacja – 25992;

liczba posiłków obiadowych porcjowanych – 4320.

Z kolei w załączniku 1 do SWZ stanowiącym Formularz ofertowy Zamawiający podał średnią miesięczną liczbę posiłków:

a) Śniadania – 955 sztuk

b) II śniadania – 827 sztuk

c) Obiady – 1038 sztuk

d) Podwieczorki – 1083 sztuk

e) Kolacje – 1083 sztuk

f) Liczba posiłków obiadowych porcjowanych – 180 sztuk.

Zgodnie z punktem 10 załącznika 2a, dostarczany jadłospis dekadowy powinien uwzględniać następujące diety: podstawowa, łatwo stawna, II r. życia, bogatobiałkowa oraz dietę z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów i nasyconych kwasów tłuszczowych (cukrzycowa), ze wskazaniem liczby wymienników węglowodanowych. Wszystkie jadłospisy muszą być przedstawiane (przesyłane drogą mailową) Zamawiającemu z co najmniej 5-dniowym wyprzedzeniem. O akceptacji, jak również prośbie o dokonanie korekty jadłospisów poinformuje on w ciągu 3 dni roboczych. W razie zastrzeżeń do jadłospisu Wykonawca wspólnie z dietetykiem Szpitala lub osobą go zastępującą ustali zamiany w składzie konkretnych posiłków. Ewentualne zmiany w zaakceptowanych jadłospisach. Wykonawca może wprowadzić wyłącznie po uprzedniej konsultacji

z dietetykiem Szpitala lub osobą go zastępującą.

W dniu 6 czerwca 2024 r. upłynął termin składania ofert. W postępowaniu wpłynęły

2 oferty, tj. Odwołującego z ceną 1 193 563,13 zł oraz Przystępującego z ceną 1 059 699,02 zł.

Pismem z dnia 21 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Dussmann do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę była niższa o ponad 30% od szacowanej wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień

w zakresie okoliczności określonych np. w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 lipca 2024 r. wykonawca Dussmann złożył wyjaśnień poziomu ceny wraz z dowodami. W ww. wyjaśnieniach Dussmann wskazał m.in., że „Znaczną przewagę nad konkurentami daje Wykonawcy również fakt aktualnej realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia na rzecz Zamawiającego. Tym samym Wykonawca ma już

zorganizowane zaplecze zarówno kadrowe jak i sprzętowe. Dussmann posiada również skompletowany jadłospis na potrzeby zamówienia. Tego rodzaju okoliczność pozwala na zoptymalizowanie kosztów organizacyjnych względem konkurencji, co daje również możliwość zaoferowania niższej od nich o kilka procent ceny. (...)". Do wyjaśnień Dussmann załączył m.in. szczegółową kalkulację ceny oraz wycenę jadłospisów.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Dussmann. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Na skutek wyroku KIO z dnia 19 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2896/24, Zamawiający w dniu 9 października 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i odtajnił wyjaśnienia Dussmann dotyczące rażąco niskiej ceny.

W dniu 14 października 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Dussmann. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Przywołując kluczowe regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 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, ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Oddaleniu podlegały zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucał, że oferta Dussmann winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, bowiem udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie zawierają wszystkich przewidzianych w SWZ kosztów, a więc nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ewentualnie wskazywał na zaniechanie wezwania Dussmann do złożenia dalszych wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów, uwzględniających wartość kosztów w porównaniu do liczby posiłków określonej w SWZ.

Odnosząc się do kwestii zaniechania uwzględnienia w ofercie kosztów związanych z wagą, termometrami oraz zatrudnieniem kucharza wskazać należy, iż zasadniczy błąd Odwołującego polegał na zbudowaniu zarzutu na przypuszczeniu, że Przystępujący nie uwzględnił w ofercie ww. kosztów, bowiem te nie zostały przedstawione w wyjaśnieniach ceny. Zdaniem Izby sam fakt, iż określony składnik cenowy nie został literalnie wskazany w wyjaśnieniach nie dowodzi, że nie został on wyceniony i ujęty w ofercie. Odwołujący nie dostrzega, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający w ramach wezwania z dnia 21 czerwca 2024 r. nie oczekiwał od Przystępującego wyszczególnienia ww. kosztów. Wezwanie skierowane do Dussmann miało charakter ogólny, ograniczało się do przywołania treści

art. 224 ust. 3 ustawy Pzp i nie zawierało żadnych konkretnych pytań, czy wątpliwości Zamawiającego wymagających wyjaśnienia. Analiza treści odwołania zdaniem składu orzekającego prowadzi do wniosku, że Odwołujący oczekiwał innej, bardziej szczegółowej treści wyjaśnień, niż Zamawiający. Wskazać jednak należy, że nie istnieje jeden, uniwersalny wzorzec wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również jeden wzorzec odnoszący się do katalogu dowodów, które winny być przedłożone przez wykonawcę dla uzyskania gwarancji, iż wykonawca wywiązał się z obowiązku wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ocena wyjaśnień w zakresie wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny winna być zindywidualizowana w każdym przypadku. Co więcej, zdaniem Izby negatywnie należy ocenić zarzuty odwołania dotyczące rażąco niskiej ceny sprowadzające się do głośnych hasła, z których Odwołujący nie wyprowadził rzeczowych wniosków.

W zakresie kosztów dotyczących wagi, termometrów oraz zatrudnienia kucharza Odwołujący nie podjął nawet próby

wykazania, że ww. koszty stanowią istotny element składowy ceny oferty, nie wykazał ich rynkowego poziomu. Odwołujący nie wykazał również istniejącego po stronie wykonawców obowiązku uwzględnienia w kalkulacji ceny kosztu zatrudnienia kucharza. Nadto z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący nie podjął merytorycznej polemiki ze stanowiskiem przeciwników procesowych w toku rozprawy, w tym w szczególności nie podważył twierdzeń Dussmann zawartych w piśmie z dnia 7 listopada 2024 r., brak było podstaw do odmówienia im wiarygodności.

Za niezrozumiałe Izba uznała stanowisko Odwołującego co do kwestionowanej liczby posiłków. Postawiony przez Odwołującego zarzut jest trudny do odkodowania i oparty na ogólnikach uniemożliwiających stwierdzenie, iż oferta Dussmann zawiera rażąco niską cenę, czy też że Wykonawca nie uzasadnił przyjętych założeń kalkulacyjnych. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że Dussmann przyjął dla każdego miesiąca liczbę 990 osobni oraz że jedynie liczba posiłków wyczerpanych była właściwa. Nie jest Izbie wiadome, ponieważ Odwołujący tego nie wyjaśnił, jakie wnioski należałoby wywieść z przywołanych okoliczności faktycznych. Następnie Odwołujący podał, że „Wykonawca w kalkulacji wskazał niewłaściwą, tj. inną niż w ofercie stawkę za posiłek obiadu wyczerpanego”. Również w tym przypadku Odwołujący nie zawarł żadnej konkluzji. Nie jest zadaniem Izby domyślanie się jakie skutki prawne Odwołujący wywodzi z zawartych w odwołaniu podstaw faktycznych stawianych zarzutów. Wykonawca jako profesjonalista winien dołożyć staranności w sformułowaniu zarzutów, a brak precyzji w ich wyrażeniu obciąża jego samego. Za nietrafione Izba uznała twierdzenia Odwołującego jakoby złożone przez Dussmann wyjaśnienia ceny oferty dotyczyły innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tej przyczyny, iż Wykonawca przedstawił kalkulację ceny w ujęciu rocznym (od stycznia do grudnia 2024). Zdaniem składu orzekającego odniesienie się do roku 2024 pozostaje irrelevantne, nie dowodzi, że cena oferty Przystępującego nosi znamiona ceny rażąco niskiej lub że złożone wyjaśnienia były nierzetelne. Z wyjaśnień Dussmann wprost wynika, że szczegółowa kalkulacja ceny została sporządzona w ujęciu rocznym, a przyjęte wartości należało zdublować z uwagi na dwuletni okres realizacji zamówienia.

Reasumując powyższe Izba stwierdziła, że przedstawione przez Dussmann wyjaśnienia ceny oferty są adekwatne do treści wezwania, jakie skierował do wykonawcy Zamawiający, a ich treść wraz z dowodami pozwalała na dokonanie przez Zamawiającego oceny, że cena oferty Przystępującego nie stanowiła ceny rażąco niskiej. Hasłowe i pozbawione dowodów stanowisko Odwołującego nie mogło podważyć złożonych przez Dussmann wyjaśnień ceny oferty, czy też stanowić podstawy do nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury badania ceny. Wobec tego zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej podlegały oddaleniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w kontekście podnoszonych przez Odwołującego niezgodności oferty Dussmann z wymogami wynikającymi z opisu przedmiotu zamówienia dotyczącymi jadalospisu. W ocenie Izby czynność wyboru oferty Dussmann była wadliwa z tej przyczyny, iż Zamawiający nie dokonał kompleksowej i rzetelnej analizy wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny Dussmann w zakresie złożonego jadalospisu, co zostało przyznane w odpowiedzi na odwołanie.

Zdaniem Izby z obowiązku weryfikacji złożonych przez Dussmann oświadczeń dotyczących założeń w zakresie przedmiotu oferty będących podstawą kalkulacji ceny nie zwalniała Zamawiającego okoliczność, iż Zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą jadalospisów. Nie budzi wątpliwości, iż obowiązkiem Zamawiającego jest kompleksowa analiza wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę oraz że w określonych stanach faktycznych ich treść może ujawnić inne podstawy odrzucenia oferty niż wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 8, np. wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tymczasem

w niniejszej sprawie Zamawiający bezpodstawnie odstąpił od zbadania części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny referujących do przyjętych przez Dussmann założeń w zakresie przedmiotu oferty, co stanowiło wystarczającą podstawę do częściowego uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zdaniem składu orzekającego przeszkodą w zbadaniu wyjaśnień ceny Dussmann w pełnym zakresie, wbrew twierdzeniom przeciwników procesowych Odwołującego, nie była zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazać należy, iż inicjatywa co do sposobu wyjaśnienia poziomu ceny oferty, rodzaju składanych dowodów, pozostaje zasadniczo w gestii wykonawców, których obciąża ryzyko złożenia wyjaśnień wskazujących na niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Skoro zatem Przystępujący zdecydował się z własnej inicjatywy przedstawić w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny jadalospis obejmujący założenia dotyczące przedmiotu oferty, to winny zostać one poddane analizie Zamawiającego co do prawidłowości i zgodności z warunkami specyfikacji.

Izba nie podzieliła poglądu Przystępującego, iż złożony jadalospis miał charakter wyłącznie poglądowy. Jest wręcz przeciwnie. W złożonych wyjaśnieniach ceny Dussmann oświadczył, że posiada skompletowany jadalospis na potrzeby zamówienia, na dowód czego załączył jego wycenę, zawierającą założenia co do poszczególnych posiłków oraz ich

składników. Trudno w tym stanie rzeczy uznać, iż będący podstawą kalkulacji ceny jadłospis miał charakter wyłącznie przykładowy. Przyjęcie takiego poglądu za słuszny czyniłoby złożone wyjaśnienia poziomu ceny pozornymi czy fikcyjnymi, gdyby uznać, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może przyjąć dowolne czy też oderwane od warunków zamówienia założenia dotyczące przedmiotu świadczenia przekładające się przecież na cenę. Oczywistym jest i nie wymaga zdaniem Izby szerszego komentarza, że przyjęte przez Wykonawcę założenia dotyczące przedmiotu oferty, w tym przypadku posiłków oraz ich składu, winny odpowiadać wymogom zawartym w dokumentach zamówienia.

Za irrelevantny w okolicznościach sprawy Izba uznała akcentowany przez Zamawiającego i Przystępującego fakt, iż na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego dopuszczona została możliwość zmian w jadłospisie. Wskazać należy, iż etap realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego nie służy konwalidacji oświadczenia wykonawcy co do oferowanego przedmiotu świadczenia wyrażonego w ofercie. Nie jest również tak jak twierdził Przystępujący, że w odwołaniu nie wskazano relewantnych postanowień specyfikacji, z którymi oferta Dussmann potencjalnie pozostawała

w sprzeczności. Odwołujący wprost wskazał pkt 2, 14, 17 i 18 załącznika 2a do SWZ Opis przedmiotu zamówienia – Formularz asortymentowy.

Konkludując powyższe wątki Izba wskazuje, że Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert,

a w jej ramach zbadać wyjaśnienia Dussmann w zakresie jadłospisu pod kątem zgodności

z warunkami zamówienia i w zależności od wyniku tego badania podjąć dalsze czynności

w postępowaniu. Na końcu wyjaśnić należy, iż zadaniem Izby jest ocena legalności czynności lub zaniechań zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem Izby nie jest wyręczanie Zamawiającego w weryfikacji zgodności treści oferty danego wykonawcy z warunkami zamówienia, toteż Zamawiający w stanie faktycznym rozpoznanej sprawy winien dokonać czynności zaniechanej. Tym samym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp potwierdził się

z uwagi na wadliwy wybór oferty Dussmann, która nie została zweryfikowana przez Zamawiającego w pełnym zakresie, co zostało szczegółowo omówione powyżej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a), b) i d) oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba stwierdziła, że oś sporu koncentrowała się wokół dwóch zagadnień, tj. oceny prawidłowości wyboru oferty Dussmann jako najkorzystniejszej, wobec której Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6, ewentualnie

art. 224 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie podniesiony został zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp pozostający w korelacji z ww. zarzutami. W ocenie Izby w niniejszej sprawie odwołanie było zasadne w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wadliwość wyboru oferty Dussmann, która nie została zbadana przez Zamawiającego w pełnym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego i Odwołującego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składały się wpis od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego (3600 zł), opłata skarbową od pełnomocnictwa (17 zł) oraz koszty dojazdu Odwołującego na posiedzenie i rozprawę (88,40 zł) stanowiące łącznie kwotę 18 705,40 zł, a nadto koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (3600 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7553 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodnicząca: