

**WYROK**

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki  
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez Fudeko S. A. z siedzibą w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szkoła Podstawowa w Kosakowie

przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Podkowa sp. z o.o. z siedzibą w Rumi

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

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

2.2. Zasądza od Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni na rzecz Szkoły Podstawowej w Kosakowie kwotę 165 zł 62 gr (sto sześćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt dwa grosze) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów przejazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

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.

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt: KIO 2459/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Szkoła Podstawowa w Kosakowie prowadzi postępowanie na: Świadczenie usług w zakresie przygotowania, dostarczenia i wydawania posiłków dla Szkoły Podstawowej w Kosakowie na rok szkolny 2024/2025 Numer ogłoszenia o zamówieniu: 2024/BZP 00378227/01

Odwołujący: Fudeko S. A. z/s w Gdyni wniósł dnia 15 lipca 2024 r. odwołanie na:

zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PODKOWA Sp. z o.o. (dalej jako: Wykonawca PODKOWA) jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

wybór jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę;

zaniechanie wezwania Wykonawcy KOPEREK I KMINEK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny;

zaniechanie wezwania Wykonawcy INVESTO KAMIL STOPIKOWSKI do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny;

zaniechanie wezwania Wykonawcy MMAK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, jako zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

zaniechanie wezwania Wykonawcy IGUANA CATERING s. c. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści, zawierającej rażąco niską część składową ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

II. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PODKOWA, podczas gdy złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem tej oferty jako z rażąco niską ceną;

2. art. 224 ust. 1, 3 i 4 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP przez:

a. zaniechanie wezwania Wykonawcy KOPEREK I KMINEK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

b. zaniechanie wezwania Wykonawcy INVESTO KAMIL STOPIKOWSKI do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

c.zaniechanie wezwania Wykonawcy MMAK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

d.zaniechanie wezwania Wykonawcy IGUANA CATERING s. c. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, podczas gdy istotna część składowa ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 239 PZP poprzez: dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

III.Mając na uwadze powyższe wniosł:

1.na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. b) PZP o unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty Wykonawcy PODKOWA jako najkorzystniejszej;

2.na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy PODKOWA jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3.na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) PZP o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykonania czynności polegającej na: wezwaniu Wykonawców: KOPEREK I KMINEK Sp. z o.o., INWESTO K.S., MMAK Sp. z o.o., IGUANA CATERING s.c. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku w trybie art. 224 PZP;

4.zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego;

5.na podstawie § 26 i § 16 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą w zw. z art. 541 PZP o zobowiązanie Zamawiającego oraz ewentualnych Uczestników postępowania do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania poprzez zarządzenie wymiany pism, oznaczając terminy, w których pisma należy złożyć oraz zarządzenie niezwłocznego przekazania odpisu tych pism Odwoływającemu przed terminem rozprawy lub posiedzenia, pod rygorem odmowy przeprowadzenia dowodów złożonych po tym terminie w trybie art. 541 PZP, tj. jako powołanych jedynie dla zwłoki;

Odwolujący oświadcza, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, gdyż jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia, którego oferta sklasyfikowana została jako szósta w rankingu i ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. W wypadku uwzględnienia żądań odwołania i w rezultacie ewentualnego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert. Odwołujący w takim wypadku w dalszym ciągu ma szansę na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, gdyż z treści SWZ wynika, że Zamawiający najpierw dokonuje badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji czego możliwe będzie podważanie przez Odwołującego kolejnych ofert, które pierwotnie zostały ocenione wyżej przez Zamawiającego. Fakt, że oferta Odwołującego na obecnym etapie postępowania plasuje się na szóstej pozycji nie oznacza, że sytuacja ta nie mogłaby ulec zmianie. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i przystąpienia Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert, które w rankingu ofert uplasowały się przed ofertą Odwołującego, mogłyby bowiem ewentualnie pojawić się szanse na ich zakwestionowanie i w konsekwencji korzystne dla Odwołującego zmiany w tym rankingu. (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2022 r., KIO 845/22).

Oznaczenie Zamawiającego

Odwolujący wskazuje, że w dokumentacji przetargowej zachodzi rozbieżność w zakresie oznaczenia Zamawiającego prowadzącego postępowanie. W ogłoszeniu o zamówieniu jako Zamawiającego prowadzącego postępowanie samodzielnie, wskazano Szkołę Podstawową w Kosakowie (REGON 386326573, NIP: 5871726234), natomiast w SWZ, co prawda również wskazano Szkołę Podstawową w Kosakowie, jednak podany numer NIP, tj. 587 15 69 970 wskazuje na Gminę Kosakowo, tak samo jak oznaczenie Strony we wzorze Umowy.

Wobec powyższego, mając jednocześnie na uwadze, iż Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji rozbieżności, czy też sprzeczności w dokumentacji przetargowej, Odwołujący wziął za podstawę Ogłoszenie o zamówieniu, w którym wskazano, że postępowanie prowadzone jest samodzielnie przez Zamawiającego – Szkołę Podstawową w Kosakowie.

I. Zarzut ad. 1

W dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PODKOWA do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny/kosztu/istotnych części składowych w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Odpowiedź Wykonawca PODKOWA złożył 4 lipca 2024 r. Dnia 5 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do doprecyzowania czy optymalizacja kosztów przygotowania i wytworzenia posiłków, o której Wykonawca PODKOWA pisze w wyjaśnieniach nie odbywa się kosztem „wkładu do kotła”.

W dniu 9 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę PODKOWA.

W ocenie Odwołującego, wybór oferty dokonany został z rażącym naruszeniem przepisów ustawy PZP, a to z przyczyn podanych poniżej.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP oznacza dla Wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 PZP. Wyjaśnienia co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia.

W przepisie mowa jest o «wykazaniu», czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać.

W wezwaniu Zamawiający szczegółowo wskazał kwestie, które budzą jego wątpliwości, tj.: niski koszt przygotowania i wytworzenia posiłku w skład, którego wchodzi: koszt pracowników, koszt dostawy posiłków, koszt odbioru pozostałości po nie zjedzonych obiadach, koszt środków czystości. Zamawiający wskazał również wprost zakres wyjaśnień, których oczekuje od Wykonawcy PODKOWA, na które składają się:

- 1) sposób skalkulowania kosztów przygotowania i wytworzenia posiłku;
- 2) elementy, jakie Wykonawca uwzględnił w kalkulacji kosztów przygotowania i wytworzenia posiłku.

Ponadto Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy PODKOWA wyczerpującej i szczegółowej informacji w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań oraz przedstawienie kalkulacji kosztów przygotowania i wytworzenia posiłku.

Tymczasem wyjaśnienia Wykonawcy PODKOWA zawierają jedynie ogólne informacje o działalności tego Wykonawcy oraz deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte żadnymi dowodami;

„wyjaśnienia” nie zawierają informacji odnośnie do kosztów pracy, kosztu dostawy posiłków, kosztu odbioru odpadów, kosztów środków czystości, kosztów wyposażenia wymaganych przez Zamawiającego (szklane, fajansowe lub porcelanowe talerze, metalowe sztucce). Wykonawca nie wyjaśnił tego, jakiej wysokości koszty składają się na zaoferowaną przez niego cenę.

Rażąco niska cena została zdefiniowana w orzecznictwie.

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

Odwołujący wskazuje, że najczęstsze błędy, jakie wyknęła Krajowa Izba Odwoławcza wykonawcom składającym wyjaśnienia na podstawie art. 224 ust. 3 PZP do tej pory to:

- 1) brak dowodów na potwierdzenie przedstawianej kalkulacji;
- 2) powoływanie się na wiedzę i doświadczenie, dysponowanie własnym sprzętem lub narzędziami albo dysponowanie potencjałem kadrowym, jako czynnik wpływający na obniżenie ceny, przy jednoczesnym braku wskazania sposobu wpływu tej okoliczności na kalkulację ceny, natomiast Zamawiający, przyjmując za wystarczające zbyt lakoniczne wyjaśnienia, narusza brzmienie art. 224 ust. 5 PZP.

II. Zarzut. ad. 2

Jak wynika z dokumentów zamówienia, a także jak wskazał sam Zamawiający w wezwaniu z dnia 2 lipca 2024 r. wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania. W związku z tym cena oferty musi uwzględnić wymogi w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę dla pracowników obowiązującego od 1 lipca 2024 r. oraz wszelkie inne koszty utrzymania pracownika zatrudnionego na umowę o pracę koszty w tym składki ZUS finansowane przez Pracodawcę. Jednocześnie z dokumentów zamówienia wynika, że do realizacji usługi powinien być skierowany co najmniej: kucharz, dietetyk, pomoc kuchenna oraz dostawca (kierowca).

Ponadto Zamawiający wskazał, że w skład kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku powinny wchodzić co najmniej następujące elementy: koszt pracowników, koszt dostawy posiłków, koszt odbioru pozostałości po nie zjedzonych obiadach, koszt środków czystości. Mając na uwadze powyższe parametry, Odwołujący poniżej przedstawia kalkulację wyżej wymienionych kosztów w skali całego okresu realizacji umowy, w wersji absolutnie minimalnej, biorąc za podstawę jedynie wymogi Zamawiającego.

Tab. 1

Lp.	Stanowisko	Forma zatrudnienia	Liczba osób	Liczba godzin pracy w dziennie	Liczba dni pracy w tygodniu
1	Kucharz	UP	1	4	5
2	Kierowca	UP	1	4	5
3	Pomoc kuchenna	UP	1	8	5
4	Dietetyk	UP	1	4	5

Tab. 2

Liczba osób	4,00
Ekwiwalentna liczba etatów	2,50
Liczba godzin pracy	420
Średni koszt wynagrodzeń	12 566,88 zł

Tab. 3

9 2024	10 2024	11 2024	12 2024	1 2025	2 2025	3 2025	4 2025	5 2025	6 2025
Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 1	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 2	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 3	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 4	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 5	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 6	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 7	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 8	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 9	Wynagrodzenie brutto na etat Miesiąc 10
4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł
4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł
4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł
4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 300,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł	4 626,00 zł

Tab. 4

	9 2024	10 2024	11 2024	12 2024	1 2025	2 2025	3 2025	4 2025	5 2025	6 2025	Razem	Średnia
Wynagrodzenia brutto - koszt pracodawcy	12 844,10 zł	12 844,10 zł	12 844,10 zł	12 844,10 zł	13 817,86 zł	13 817,86 zł	13 817,86 zł	13 817,86 zł	13 817,86 zł	13 817,86 zł	134 283,57 zł	11 190,30 zł
Wynagrodzenia urlopowe - koszt pracodawcy	1 325,18 zł	1 325,18 zł	1 325,18 zł	1 325,18 zł	1 425,65 zł	1 425,65 zł	1 425,65 zł	1 425,65 zł	1 425,65 zł	1 425,65 zł	13 854,65 zł	1 154,55 zł
Wynagrodzenia chorobowe - koszt pracodawcy	254,84 zł	254,84 zł	254,84 zł	254,84 zł	274,16 zł	274,16 zł	274,16 zł	274,16 zł	274,16 zł	274,16 zł	2 064,36 zł	222,03 zł
Koszty pracy łącznie	14 424,13 zł	14 424,13 zł	14 424,13 zł	14 424,13 zł	15 517,68 zł	15 517,68 zł	15 517,68 zł	15 517,68 zł	15 517,68 zł	15 517,68 zł	150 802,58 zł	12 566,88 zł

Tab. 5

Pozycja kosztów	Wartość w okresie kontraktu
Koszty pracy	150 802,58 zł
Media	12 000,00 zł
Usługi obce (wywóz nieczystości i inne)	7 000,00 zł
Koszty transportu (paliwo, naprawy)	2 744,00 zł
Inne koszty (chemia gospodarcza)	3 000,00 zł

W ocenie Odwołującego, zaproponowane przez Wykonawców ceny są nierealistyczne w świetle wymogów Zamawiającego, wynikających z dokumentacji przetargowej, a tym samym powinny wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

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

Prawo zamówień publicznych wprowadza obowiązek badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena budzi wątpliwości, niezależnie od procentowego odstępstwa od średniej arytmetycznej złożonych w postępowaniu ofert bądź oszacowanej wartości zamówienia. Może się okazać, że cena nie odbiegająca znacznie np. więcej niż 30% - 40% od innych cen zaoferowanych jest jednak ceną nie pozwalającą na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Ponadto nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu pod kątem rażąco niskiej ceny, ale również jej istotne części składowe. Przepis art. 224 ust. 1 p.z.p. determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części

składowej pod kątem rażąco niskiego charakteru, którym jest przekonanie zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Ustawodawca nie wyjaśnia znaczenia zwrotu „istotna część składowa”, chodzi więc o jego językowe rozumienie, tj. część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Obowiązek wyjaśnienia ceny istotnego składnika zamówienia powstaje zawsze, gdy budzi ona wątpliwości. W odróżnieniu od ceny całkowitej nie ma jednak zastosowania przepis o 30-procentowym odchyleniu od takiej wartości w ofertach innych wykonawców. Skutkiem braku wiarygodnego wyjaśnienia ceny składowej będzie przesądzenie, że wywarła ona wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski poziom. W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej Odwołujący w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2019 r., w którym wskazano, że istotnymi są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Nie ulega wątpliwości, że elementy wymienione w wyżej wymienionych tabelach są immanentnie związane z przedmiotem zamówienia, bez których nie byłaby możliwa jego realizacja.

Należy w tym miejscu wskazać, że Wykonawcy nie mogą usprawiedliwiać zaniżonych kosztów wytworzenia posiłków (tj. kosztów składających się na cenę osobodnia bez uwzględnienia „wsadu do kotła”) późniejszym ich kompensowaniem wynagrodzeniem za „wsad do kotła”, ponieważ zadeklarowany przez Wykonawców procentowy stosunek „wsadu do kotła” ceny 1 osobodnia jest wartością stałą, za którą Wykonawcy otrzymali najwyższą liczbę punktów. Tym samym, w toku realizacji Umowy Wykonawcy nie będą mogli obniżyć tej wartości, a nadwyżki powstałej z tego tytułu przeznaczyć na pokrycie innych kosztów niezbędnych dla prawidłowej realizacji usługi.

Mając na uwadze powyższe, wniesienie odwołania jawi się jako konieczne i uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał, że odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Podkowa sp. z o.o. kolejnych wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty tych wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę, jednocześnie domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazania odrzucenia tej oferty nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wezwania kolejnych wykonawców do złożenia wyjaśnień co do treści ofert, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku (w trybie art. 224 pzp).

W ocenie zamawiającego odwołanie podlegać powinno oddaleniu z uwagi na brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania i szkody w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp. Odwołujący bowiem nie ma obiektywnych, realnych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przypomniał, że ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia to 341.957,80b zł brutto. Oszacowanie to dokonano na bazie wartości analogicznego zamówienia z poprzedniego roku szkolnego z uwzględnieniem wzrostu cen. Jednocześnie z informacji z otwarcia ofert wynika że przedłożone zostały oferty na kwoty, w kolejności od najniższej do najwyższej: 281.623,13 (wybrana), 286.682,22 (Koperek i Kminek sp. z o.o.), 321.758,63 (Investo K.S.), 324.794,09 (Mmak sp. z o.o.), 338.959,57 (Iguana Catering s.c.), 590.228,10 (Fudeko S.A.). Oferta odwołującego jest szóstą w kolejności i znacząco odbiega od 5 pozostałych oraz od oszacowania zamawiającego.

Z powyższego zamawiający wnioskuje o braku interesu odwołującego w sprawie.

Ten wstępny wniosek potwierdza dokładniejsza analiza. Kalkulacja wartości została dokonana przez zamawiającego na podstawie danych historycznych – dane z realnie wykonanej analogicznej umowy za poprzedni rok szkolny.

Jednocześnie aż 3 oferty (Invest, Mmak i Iguana) są zbliżone do oszacowania zamawiającego, a wybrana oferta jest niższa od wspomnianych 3 ofert i z całą pewnością nie odbiega tak bardzo od reszty ofert jak ofert odwołującego, a także oferta Koperek i Kminek sp. z o.o. jest bardzo zbliżona cenowo do oferty zwycięskiej.

Dodatkowo zamawiający nie uznaje za uzasadnioną kalkulacji w treści odwołania (s. 10-12). Kalkulacja ta zdaje się nie uwzględniać skali działalności i obsługi innych klientów niż zamawiający, Dotyczy to w szczególności oszacowania kosztów i zaangażowania dietytyka i kierowcy (założenie 4 godzin pracy codziennie), ale także na podobnej zasadzie pozostałych pozycji wydatkowych. Przy podobnego rodzaju zamówieniach dla innych klientów w pobliżu / po drodze czas pracy kierowcy może zostać znacząco zoptymalizowany w stosunku do założeń, podobnie praca dietytyka wręcz w sposób oczywisty angażować 4 godzin dziennie na jednego klienta. W tym kontekście zauważa, że Podkowa sp. z o.o. jest firmą z Rumii, a więc z miejscowości bliżej zlokalizowanej w relacji do zamawiającego niż odwołujący, co np. w kontekście czasu pracy kierowcy nie jest pozbawione znaczenia (bliska odległość z możliwością realizacji usługi dla zamawiającego po drodze do dalej zlokalizowanych klientów lub po drodze do innych, lokalnych klientów w pobliżu, dostęp komunikacyjny relatywnie bez „korków” w porównaniu do dojazdu z Gdyni przez Fudeko S.A.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie jest realne, aby 4 ofert poprzedzających ofertę odwołującego miało zostać nieuwzględnione, a odwołujący miał otrzymać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu.

Wykonawca PODKOWA sp. z o.o. z siedzibą w Rumi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował skuteczność przystąpienia przez Wykonawcę Podkowa Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego. Wskazał, że jako załącznik do zgłoszenia przystąpienia Wykonawca Podkowa Sp. z o.o. przesłał Odwołującemu Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia wygenerowane z platformy EPUAP. Oznacza to, że zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane do Izby za pośrednictwem platformy EPUAP jeszcze przed wysłaniem kopii zgłoszenia

przystąpienia Odwołującemu.

Zgodnie z art. 525 ust. 2 zd. 2 PZP Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Natomiast skoro Odwołujący otrzymał Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia wygenerowane z platformy EPUAP – Wykonawca Podkowa Sp. z o.o. nie miał możliwości dołączenia do zgłoszenia przystąpienia kierowanego do Izby dowodu przesłania go Odwołującemu.

Mając na uwadze powyższe, o ile dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia nie został przesłany do Izby, za pośrednictwem platformy EPUAP w innym terminie (nie później niż do 18 lipca 2024 r.) w ocenie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia należy uznać za bezskuteczne. Przepisy Pzp nie znają instytucji uzupełniania braków formalnych przystąpienia do postępowania odwoławczego, ta bowiem znajduje zastosowanie jedynie w odniesieniu do odwołania (zob. wyrok KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16).

Odnosnie do meritum, Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby nie miał interesu we wniesieniu odwołania oraz obiektywnych, realnych szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Nie da się wykluczyć sytuacji, w której wszystkie oferty, które teraz są korzystniejsze od ofert Odwołującego z jakichś przyczyn zostaną odrzucone z postępowania. W tej sytuacji hipotetycznie jest możliwe, że oferta Odwołującego zostanie wybrana w postępowaniu (ewentualnie postępowanie zostanie unieważnione), a co za tym idzie nie ma podstaw do stwierdzenia, że nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia.

Z treści pisma Zamawiającego wynika, iż błędnie zinterpretował on zarzuty zawarte w odwołaniu. Odwołujący bowiem nie zarzucał Zamawiającemu zaniechania wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jako zawierających rażąco niską cenę ofertową, ale z uwagi na fakt, że istotną część składową ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie kwestionuje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności przepisów prawa pracy za cenę zaoferowaną przez Wykonawców. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu bierność, w sytuacji gdy ten powinien był powziąć poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przez Wykonawców zamówienia za tak rażąco niską istotną część składową ceny, tj. kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku, w takich proporcjach, jak zaoferowali Wykonawcy:

	<b>Koszt wsadu do kotła (% całości ceny)</b>	<b>Koszt przygotowania i wytworzenia posiłku (% całości ceny)</b>
<b>Podkowa Sp. z o.o.</b>	98,80%	1,20%
<b>Koperek i Kminek Sp. z o.o.</b>	97,06%	2,94%
<b>Investo K.S.</b>	86,48%	13,52%
<b>MMAK Sp. z o.o.</b>	85,67%	14,33%
<b>Iguana Catering s.c.</b>	82,09%	17,91%
<b>Fudeko S.A.</b>	47,14%	52,86%

W szczególności Odwołujący podniósł powyższy zarzut z uwagi na fakt, iż w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w roku 2020, wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1 i 2 PZP2004 (obecny art. 224 ust. 1 PZP). W ofercie Odwołującego stosunek kosztu wsadu do kotła do kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku wynosił 79,86%, czyli nadal mniej, niż oferty poprzedzające. Odwołujący nie dysponuje więc wiedzą, dlaczego oferty przedstawiające jeszcze większą rozbieżność w zakresie stosunku wsadu do kotła do kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego.

Ponadto nie zasługują na uwzględnienie wszelkie twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do czynników mających mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty przez Wykonawców. Nie jest rolą Zamawiającego wyjaśnianie za Wykonawcę/ów sposobu wyliczenia ceny oferty, czy też wskazywanie elementów mających wpływ na kalkulację ceny oferty w takiej, a nie innej wysokości.

Wartym podkreślenia jest, iż w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w ogóle nie odniósł się do wyjaśnień Wykonawcy Podkowa Sp. z o.o. W szczególności Zamawiający nie wskazał przyczyn przemawiających za uznaniem wyjaśnień za wystarczające dla rozwiania jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, z uwagi na rażąco niską istotną część składową ceny.

Wykonawca ten w swoich „wyjaśnieniach” w ogóle nie odniósł się do kwestii podnoszonych przez samego Zamawiającego, a mających uzasadnić zaoferowaną cenę, tj. np. oszacowania kosztów i zaangażowania dietytyka i kierowcy.

Wykonawca Podkowa Sp. z o.o. nie odniósł się do sposobu kalkulacji przedmiotowego zamówienia, jedynie wskazał na ogólne aspekty jego działalności. Treść „wyjaśnień” skonstruowana jest w taki sposób, że może zostać przedłożona de facto w dowolnym postępowaniu na usługi żywienia. W szczególności nie można powiedzieć, że Wykonawca ten uczynił zadość wezwaniu do złożenia wyjaśnień, w którym Zamawiający wprost wymagał wyczerpującej i szczegółowej informacji w odniesieniu do przedstawionych pytań oraz przedstawienia kalkulacji kosztów przygotowania i wytworzenia posiłku.

Załączono formularz oferty Odwołującego z 2020 r.; i wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

**Krajowa Izba Odwoławcza**po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę

dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek do uwzględnienia wniosku odwołującego o uznanie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego za bezskuteczne. Odwołujący zakwestionował skuteczność przystąpienia przez Wykonawcę Podkowa Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego i wskazał, że jako załącznik do zgłoszenia przystąpienia Wykonawca Podkowa Sp. z o.o. przesłał Odwołującemu Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia wygenerowane z platformy EPUAP, co oznacza to, że zgłoszenie przystąpienia zostało przesłane do Izby za pośrednictwem platformy EPUAP jeszcze przed wysłaniem kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu. Zgodnie z art. 525 ust. 2 zd. 2 PZP Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Natomiast skoro Odwołujący otrzymał Urzędowe Poświadczenie Przedłożenia wygenerowane z platformy EPUAP – Wykonawca Podkowa Sp. z o.o. nie miał możliwości dołączenia do zgłoszenia przystąpienia skierowanego do Izby dowodu przesłania go Odwołującemu.

Skład orzekający uznaje, że istotą skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego jest jego zgłoszenie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i powiadomienie o tej czynności uczestników postępowania odwoławczego, co ma na celu m.in. umożliwienie im ewentualnego zgłoszenia opozycji co do przystąpienia. Brak dołączenia dowodu zawiadomienia o przystąpieniu nie prowadzi do uznania czynności przystąpienia za bezskuteczną, zwłaszcza, że fakt przystąpienia nie jest kwestionowany.

Odnosnie do meritum, skład orzekający podziela stanowisko odwołującego, iż ma on interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy pzp. Należy bowiem zauważyć, że postępowanie, którego dotyczy sprawa rozpatrywana, jest prowadzona stosownie do postanowień art. 139 ustawy pzp tj. w tak zwanej procedurze odwróconej. Nie da się wykluczyć sytuacji, w której wszystkie oferty, które obecnie są korzystniejsze od ofert Odwołującego, z jakichś przyczyn zostaną wyeliminowane. Zatem hipotetycznie jest możliwe, że oferta Odwołującego zostanie wybrana w postępowaniu, a co za tym idzie nie ma podstaw do stwierdzenia, że nie ma on interesu w uzyskaniu zamówienia.

Potwierdzić także należy, iż Odwołujący bowiem nie zarzucał Zamawiającemu zaniechania wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert jako zawierających rażąco niską cenę ofertową, ale z uwagi na fakt, że istotna część składowa ceny (koszt przygotowania i wytworzenia posiłku) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie kwestionuje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności przepisów prawa pracy za cenę zaoferowaną przez Wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bierność, w sytuacji gdy ten powinien był powziąć poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przez Wykonawców zamówienia za tak rażąco niską istotną część składową ceny, tj. kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku, w takich proporcjach, jak zaoferowali Wykonawcy. Odwołujący przedstawił zestawienie porównawcze tych kosztów w ofertach.

Niesporne jest także, że w toku postępowania odwoławczego przystępujący nie przedstawił dodatkowego stanowiska w sprawie, a pozytywnej oceny złożonej przez niego oferty dokonywał wyłącznie zamawiający.

Również słusznie przypomniał odwołujący, że rażąco niska cena jest pojęciem normatywnie niezdefiniowanym, natomiast orzecznictwo wypracowało określenie cech ceny rażąco niskiej, w tym m. in. wskazując, że cena taka jest nierealistyczna, niewiarygodna, odbiegająca od cen rynkowych podobnych zamówień.

W wyżej przedstawionych okolicznościach skład orzekający, mając na uwadze analizę porównawczą cen ofert złożonych w postępowaniu, stwierdza, że ceny te w istocie wskazują na realny poziom dla tego rynku określonego jako właściwy, w szczególności ceny czterech, spośród sześciu złożonych, w tym cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Istota zarzutu podniesionego wobec konkurentów sprowadza się do kwestionowania wysokości istotnej części składowej ceny tj. kosztu przygotowania i wytworzenia posiłku oraz jego relacji w stosunku do ceny jako całości oraz składowej w postaci tzw. wkładu do kotła.

Zatem zarzut dotyczy części ceny, nie zaś wysokości ceny oferty.

Należy stwierdzić, że stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy pzp postępowanie wyjaśniające prowadzone przez zamawiającego może dotyczyć oprócz zaoferowanej ceny lub kosztu, także istotnych części składowych. Nie negując tezy, iż koszty przygotowania i wytworzenia posiłku należy uznać za istotną część składową, stwierdzić należy, że ostateczny wynik analizy ceny oferty w postaci odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską, dotyczy ceny jako całości. Jak zauważono w piśmiennictwie „Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska.” (Prawo zamówień publicznych, komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, W-wa UZP, teza 1 in fine do art. 224). Skoro zatem ceny kwestionowane mogą być uznane za realne na rynku właściwym, w ocenie Izby, nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza oraz prowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do cen zaoferowanych przez pozostałych, wskazanych w odwołaniu, wykonawców. Tym samym uznaje się, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczzonego wpisu od odwołania oraz zasądzając zwrot kosztów dojazdu na rozprawę pełnomocnika zamawiającego. Wniosek pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie

wynagrodzenia nie został uwzględniony wobec nieprzedstawienia do akt sprawy rachunków lub spisu kosztów  
wymaganego przepisem § 5 pkt 2 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim .

Przewodniczący:.....