

WYROK

Warszawa, dnia 13 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Anna Kuszel - Kowalczyk

Katarzyna Paprocka

Protokolantka:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 odwołania;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie 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 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 926 zł 07 gr (słownie: dziewięćset dwadzieścia sześć złotych siedem groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
 - 3.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego - Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie kwotę 4 543 zł 07 gr (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści trzy złote siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. T.S. PUM w Szczecinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe usługi sprzątania i dezynfekcji powierzchni z uwzględnieniem usług pomocniczych z opcją dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM (wewnętrzny identyfikator: ZP-261-29/2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S:92/2024 pod numerem 280788-2024 w dniu 13 maja 2024 r. Do postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 18 lipca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ever Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ever Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Everteam Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”). Odwołujący wskazał, że wskutek działania Zamawiającego naruszone zostały następujące przepisy:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na przeniesieniu kosztów wykonania usługi dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM wchodzących w zakres prawa opcji do kosztów wykonania usług sprzątania, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych wchodzących w zakres zamówienia podstawowego w celu zapewnienia sobie wyższego wynagrodzenia za zakres zamówienia podstawowego, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej za zamówienie wchodzące w zakres prawa opcji, co stanowi tzw. inżynierię cenową / manipulację cenową;
- 2.art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz, której istotny element - usługa dystrybucji posiłków w obiektach USK 1 PUM wchodzących w zakres prawa opcji - zawiera rażąco niską cenę;
ewentualnie
- 3.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Przystępującego ceny i jej istotnych elementów w postaci ceny za usługę dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach prawa, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4.art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Przystępującego ceny i jej istotnych elementów w postaci sposobu kalkulacji cen jednostkowych za m² usługi sprzątania dotyczących strefy III i IV, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach prawa, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) odrzucenia oferty Przystępującego złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, ewentualnie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie ceny i jej części składowych za świadczenie usług dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM oraz cen jednostkowych za m² usługi sprzątania dotyczących poszczególnych stref. Odwołujący wniósł także o zasądzenie zwrotu kosztów wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego wg

faktur przedstawionych przez pełnomocnika na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący, po przedstawieniu opisu stanu faktycznego, zwrócił uwagę w szczególności, że z opisu kryterium oceny ofert wynika, że dla tego kryterium ma znaczenie nie tylko cena zamówienia podstawowego, ale również opcjonalnego. Przystępującemu udało się uzyskać najwyższą liczbę punktów wyłącznie z uwagi na drastyczne zaniżenie ceny brutto za zamówienie w ramach prawa opcji, którego Zamawiający może w ogóle nie zlecić. W konsekwencji w postępowaniu dojdzie do sytuacji w której Zamawiający de facto nie dokona wyboru oferty najtańszej (najkorzystniejszej z uwzględnieniem wszystkich kryteriów oceny ofert), gdyż oferta Przystępującego w zakresie zamówienia podstawowego (gwarantowanego) jest znacząco droższa niż oferta Odwołującego. W przypadku nieskorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, będzie on de facto płacił za realizację usługi w ramach zamówienia podstawowego więcej niż zaoferował mu Odwołujący za ten sam zakres zamówienia. Już powyższa okoliczność, zdaniem Odwołującego, powinna wywołać u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, wobec czego Zamawiający zobowiązany był do żądania od Przystępującego wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu istotnej części składowej jaką stanowi zamówienie opcjonalne. W ocenie Odwołującego niepodważalnym jest, że usługa dystrybucji posiłków w obiektach Zamawiającego jako zamówienie opcjonalne stanowi istotną część składową całego zamówienia skoro miała ona wpływ na ostateczną wartość cen brutto złożonych ofert, a w przypadku jej nieudzielenia przez Zamawiającego, dokonany przez niego wybór będzie de facto niezgodny z przyjętymi przez niego kryteriami oceny ofert, gdyż oferta Przystępującego na zakres podstawowy aż o 7 803 376,87 zł brutto przewyższa cenę z oferty Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do zamówienia opcjonalnego Odwołujący wskazał, że już chociażby rozbieżność pomiędzy cenami oferty Przystępującego, a cenami pozostałych wykonawców dot. ceny za opcję powinna wzbudzić wątpliwość Zamawiającego i skłonić go do wezwania wykonawcy do wyjaśnień tego istotnego składnika ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Cena oferty Przystępującego za opcję odbiega o 35 % od średniej cen wszystkich ofert za zamówienie opcjonalne. Już samo to powinno budzić wątpliwości Zamawiającego. Dodatkowo połączenie tak dużej różnicy cenowej z bardzo istotnym zawyżeniem ceny za zamówienie podstawowe powinno było skłonić Zamawiającego do refleksji i skutkować badaniem rażąco niskiej ceny w zakresie istotnego elementu wyceny jaką jest cena za zamówienie opcjonalne. Już na pierwszy rzut oka widać, że oferta Przystępującego za zakres podstawowy jest dużo droższa niż oferta Odwołującego, bo aż o 7 803 376,87 zł brutto. Odwołujący wskazał na art. 224 ust. 1 Pzp oraz orzecznictwo odnoszące się do wzywania wykonawców do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Podkreślił, że nie można odmówić rangi istotności zakresowi usługi polegającemu na dystrybucji posiłków skoro cena tej usługi miała wpływ na globalną cenę oferty i wybór konkretnego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego zamówienie opcjonalne spełnia warunki do zakwalifikowania jej jako taki istotny element ceny oferty zarówno z uwagi na kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia z uwagi na konieczność dostarczenia posiłków pacjentom jak i ilościowy udział w zamówieniu, ponieważ wartość prawa opcji w ofercie Przystępującego wynosi niemalże 10,00% wartości całej oferty tego wykonawcy. Ponadto wyłącznie dzięki zaniżeniu ceny za zamówienie opcjonalne, Przystępującemu udało się uzyskać zamówienie, zaś w sytuacji nie dokonania zlecenia przez Zamawiającego prawa opcji, dojdzie do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie zaoferował oferty najkorzystniejszej, lecz ofertę o prawie 8 000 000,00 zł brutto droższą niż Odwołujący w sytuacji, gdy de facto decydującym kryterium była cena.

Następnie Odwołujący odniósł się do postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, w tym Rozdziału XX SWZ (pkt 1, 3-7, 11-13), podkreślając, że czas wydawania poszczególnych posiłków pacjentom na terenie szpitala został przez Zamawiającego jednoznacznie określony jako konkretne przedziały czasowe, w których należy zrealizować dystrybucję posiłków do chorych. Następnie po stronie wykonawcy leży odbiór brudnych naczyń. Z treści opisu przedmiotu zamówienia wynika, że dystrybucja posiłków odbywać się będzie w 3 lokalizacjach Zamawiającego, zaś wszystkie posiłki będą do odbioru z kuchni centralnej zlokalizowanej przy ul. Unii Lubelskiej 1 w Szczecinie. Oznacza to obowiązek przewiezienia przez wykonawcę posiłków z kuchni centralnej pomiędzy wszystkie lokalizacje do kuchni oddziałowych: przy ulicy Unii Lubelskiej 1 w Szczecinie; - przy ulicy Broniewskiego 26 w Szczecinie; - przy ulicy Siedleckiej 2 w Policach. Odwołujący wskazał, że odległość pomiędzy ul. Unii Lubelskiej 1, a ul. Broniewskiego 26 wynosi minimum 3,00 km (w zależności od trasy przejazdu, wskazane 3,00 km to trasa najkrótsza) lub 2,80 km pieszo (pokonanie tej trasy zajmuje 35 minut). Odległość pomiędzy ul. Unii Lubelskiej 1, a ul. Siedlecką 2 w Policach wynosi już 22,00 km (w zależności od trasy przejazdu, wskazane 22,00 km to trasa najkrótsza). Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca będzie musiał trzy razy dziennie odbierać posiłki z kuchni centralnej w celu ich dystrybucji do kuchni oddziałowych. Z uwagi na odległość oraz zasady dot. dystrybucji posiłków, będą one odbywać się za pomocą odpowiedniego pojazdu do jego transportu. Przewóz posiłków za pomocą wózków kuchennych z kuchni centralnej do

siedziby na ul. Broniewskiego uniemożliwiłaby chociażby zachowanie odpowiedniej temperatury posiłków. Z kolei z kuchni oddziałowych do pacjentów posiłki będą wydawane pacjentom aż 6 razy dziennie w ściśle określonych godzinach (od 8.00 do 20.30) co wymaga nie tylko dobrej organizacji pracy, ale także zaangażowania odpowiedniej liczby personelu, który zagwarantuje dystrybucję posiłków do wszystkich pacjentów na oddziałach w wyznaczonym czasie, z zachowaniem ich temperatury oraz będzie posiadał odpowiednie przeszkolenie (znajomość diet obowiązujących w danym oddziale, zasad dystrybucji posiłków, zasad bhp dot. żywności) oraz aktualne zaświadczenia badań okresowych, zaświadczenia do celów sanitarno-epidemiologicznych. Czas wydawania posiłków skutkuje koniecznością zatrudnienia minimum 2 osób na każdym oddziale z kuchenką (tj. jedna osoba na zmianie), a świadczenie usługi 7 dni w tygodniu dodatkowo zwiększa wymagana etatyzację, z uwagi na normy czasu pracy jakie obowiązują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę (Zamawiający wskazał w OPZ, że osoby świadczące usługę dystrybucji posiłków muszą być zatrudnione na podstawie umowy o pracę). Wynika to również z faktu, że godziny wydawania posiłków pacjentom i ich przedziały czasowe są krótkie, posiłki muszą być uprzednio dowieszone z kuchni centralnej do kuchенок oddziałowych, następnie po posiłku następuje zebranie brudnych naczyń, ich mycie ręczne a następnie wyparzenie, przygotowywanie do odbioru i wydania kolejnego posiłku, ponadto OPZ wymaga w międzyczasie mycia i dezynfekcji poszczególnych elementów kuchенок oddziałowych (w tym np. wózków transportowych, umywalek po każdym użyciu), zatem nie jest możliwe zatrudnienie mniejszej liczby personelu niż wskazana przez Odwołującego liczba minimalna.

Kolejnym cenotwórczym elementem realizacji zamówienia opcjonalnego jest w ocenie Odwołującego koszt odzieży jednocyfrowej pobieranej od zamawiającego, której koszty zostały wykazane przez Zamawiającego w ust. 9 opisu przedmiotu zamówienia, jak również koszty jej prania, które są wskazane w OPZ, a także koszt zakupu czepków, fartuchów i rękawic. Odwołujący wskazał na pkt 9, 11, 13 i 14 rozdziału dotyczącego opcji w OPZ oraz podkreślił, że Zamawiający zastrzegł, że wykonawca nie może kierować do realizacji zamówienia opcjonalnego tego samego personelu, który skieruje do realizacji zamówienia podstawowego, wobec czego w celu realizacji opcji wykonawca musi pozyskać odrębny personel spełniający wymagania postawione przez Zamawiającego.

Podsumowując powyższe składniki kosztowe, Odwołujący wskazał, że cena zamówienia opcjonalnego została przez Konsorcjum Impel skalkulowana w sposób, który nie zapewnia nawet pokrycia podstawowych ponoszonych na realizację tej części zamówienia kosztów. Konsorcjum Impel zaproponowało realizację zamówienia w kwocie 6 923 000,00 zł brutto. Z uwagi na fakt, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazywania cen netto i stawki podatku VAT, jak również zaniechanie wezwania przez zamawiającego do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny Odwołujący nie jest w stanie na tym etapie ocenić kwestii prawidłowości kalkulacji Przystępującego w tym zakresie. Jednak nawet przyjmując korzystniejsze założenie, że kwota 6 923 000,00 zł za realizację prawa opcji stanowi kwotę netto, to również nie pokrywa ona podstawowych minimalnych kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego, nie wspominając o takich elementach jak zysk czy marża.

Odwołujący wskazał, że same minimalne koszty zatrudnienia (liczone nawet z uwzględnieniem dofinansowania do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych) i minimalną rezerwę chorobowo urlopową przekraczają kwotę 330 000 zł netto miesięcznie. Dodatkowo minimalne koszty związane z zapewnieniem odzieży, środków ochrony osobistej, prania, chemii i dezynfekcji oraz transportu zgodnie z opisem Zamawiającego, przekraczają kwotę 34 tys. zł, co łącznie daje minimalną kwotę 364 892,28 zł miesięcznie (8 392 522,53 zł za całość zamówienia) zaś oferta Przystępującego wynosi 301 000,00 zł miesięcznie (6 923 000,00 zł za całość opcji), co wprost wskazuje na oczywiste wątpliwości dotyczące sposobu kalkulacji ten ceny i możliwość przerzucenia części jej elementów do zamówienia podstawowego. Przyjmując założenie, że zamówienie zostanie wykonane wyłącznie przez pracowników pełnosprawnych miesięczna kwota za realizację zamówienia wzrasta do 401 693,74 zł (9 238 956,13 zł za całość opcji). Minimalna liczba etatów została ustalona z uwzględnieniem ilości oddziałów oraz czasu wydawania posiłków pacjentom, czasu odbierania ich z kuchni centralnej i konieczności zbierania naczyń po posiłkach, ilości łóżek na poszczególnych oddziałach, co przekłada się na konieczność zaangażowania personelu wykonawcy, Odwołujący zaznaczył, że nie doliczał w ww. minimalnej kalkulacji innych kosztów związanych z realizacją zamówienia takich jak np. opłaty na PPK, czy też inne świadczenia które mogą przysługiwać pracownikom (odprawy emerytalne) jak również nie uwzględnił w tej minimalnej kalkulacji zysku i rezerw, wskazując jedynie minimalne koszty których oferta Konsorcjum Impel nie pokrywa. Odwołujący do odwołania załączył dowód w postaci tabeli z kalkulacjami na wykazanie faktu faktycznych minimalnych kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego, która stanowi załącznik do odwołania. Koszty środków chemicznych i dezynfekcyjnych zostały wyliczone w oparciu o podane przez Zamawiającego średniomiesięczne zużycie.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący zaniżając cenę za realizację prawa opcji nie tylko zaoferował rażąco niską cenę za realizację istotnej części składowej zamówienia ale zapewnił sobie również wyższe wynagrodzenie za zakres podstawowy, który zostanie mu udzielony w ramach zamówienia. Sposób kalkulacji ceny zastosowany przez Przystępującego w zakresie dotyczącym cen za zakres podstawowy i opcjonalny wskazuje na dopuszczenie się przez

tego wykonawcę tzw. inżynierii cenowej/manipulacji cenowej. Inżynieria cenowa/manipulacja cenowa jest nieuczciwym działaniem wykonawcy, który we własnym interesie, celem uzyskania większego zysku z realizacji zamówienia zawyża cenę gwarantowanej części zamówienia jednocześnie zaniżając cenę części zamówienia, której zapłata uzależniona jest od okoliczności przyszłych i niepewnych. Celem zastosowanej przez Przystępującego „optymalizacji” było uzyskanie wyższego wynagrodzenia za zakres podstawowy zamówienia, co należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Odwołujący podkreślił, że działanie to prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania Przystępującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie przepisu art. 15 u.z.n.k. jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia za wyższym wynagrodzeniem. Ponieważ taka czynność zagraża interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi tj. za zakres podstawowy i opcjonalny, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji w przypadku wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej i sytuacji, w której Zamawiający nie dokona zlecenia zakresu opcjonalnego, niewątpliwym jest, że działanie Przystępującego prowadzi do naruszenia interesów finansowych Zamawiającego, a tym samym dyscypliny finansów publicznych. W konsekwencji powyższego doszło do sytuacji, w której wobec zawyżenia ceny zakresu podstawowego, Zamawiający dokonał wyboru oferty droższej. Odwołujący zwrócił uwagę, że wycena zamówienia podstawowego przez Przystępującego odbiega znacznie od wycen zakresu podstawowego przez pozostałych dwóch wykonawców, co tylko potwierdza, że cena ta została celowo zawyżona, aby nieuczciwie uzyskać zamówienie.

Powyższe okoliczności powinny w ocenie Odwołującego skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego. Wykazane działanie wykonawcy świadczy po pierwsze, o braku rzetelności w sposobie kalkulacji ceny oferty, skoro cena ta w ww. pozycjach jest oderwana od realiów rynkowych. Po drugie, świadczy o dokonaniu przez ww. wykonawcę manipulacji cenowej mającej na celu uzyskanie zamówienia i zysków z wykorzystaniem takich a nie innych przewidzianych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, bo w przedmiotowej sprawie istotne znaczenie dla możliwości zastosowania przerzucenia kosztów z zakresu opcjonalnego do zakresu podstawowego ma sposób skonstruowania kryterium cenowego przez Zamawiającego, który punktował całkowitą cenę brutto (zakres podstawowy i opcję), nie różnicując czy znaczenie ma cena zakresu podstawowego czy opcjonalnego. Powyższe stanowi zatem działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, a jego skutkiem jest zagrożenie dla interesów zarówno innego przedsiębiorcy - poprzez stworzenie sytuacji naruszającej zasady uczciwej konkurencji, jak i klienta, czyli zamawiającego - który został narażony na wybór jako najkorzystniejszej oferty, która jest dla niego ofertą droższą (w tym zakresie przywołano dodatkowo orzecznictwo). Odwołujący podkreślił, że już sama potencjalna możliwość manipulacji cenowej powinna skutkować stwierdzeniem zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji i odrzuceniem oferty. Nie można w ocenie Odwołującego również uznać za wystarczające wyjaśnienie nieprzerzucania kosztów zapewnienie ze strony wykonawcy że nie przeniósł części kosztów z zamówienia opcjonalnego do kosztów zamówienia podstawowego.

W dalszej części odwołania przedstawiono uzasadnienie dla zarzutu nr 4 odwołania, dotyczącego cen jednostkowych za m² sprzątej powierzchni w zakresie podstawowym zamówienia.

Zamawiający w dniu 5 sierpnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania w całości, względnie o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że Odwołujący dostrzegł czyn nieuczciwej konkurencji już w samej konstrukcji kryterium ceny składającego się jednolicie z zamówienia podstawowego i opcji. Upatrując źródeł nieuczciwej konkurencji Odwołujący winien zatem kwestionować konstrukcję kryterium ceny już na etapie zamieszczenia SWZ na stronie internetowej Zamawiającego. SWZ została zamieszczona na tej stronie w dniu 13 maja 2024 r. Termin na kwestionowanie konstrukcji kryterium ceny, jako źródła czynu nieuczciwej konkurencji upłynął zatem 23 maja 2024 r. z końcem tego dnia. Odwołanie już z tej przyczyny w zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji powinno być odrzucone.

Dalej Zamawiający podniósł, że Odwołujący stawia zarzut, iż część zamówienia objęta opcją w ofercie Przystępującego jest dotknięta wadą rażąco niskiej ceny. Odwołujący formułuje tu pod adresem Zamawiającego szereg obowiązków, których Zamawiający rzekomo nie dopełnił, a dopełnienie ich miałoby ponoć ujawnić rażące niedoszacowanie oferty Konsorcjum w zakresie zamówienia objętym opcją. Odwołujący wskazuje tu jako podstawę obowiązku Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zdaje się jednak nie dostrzegać, że przepis ten w istocie nie stawia przed Zamawiającym żadnego kategorycznego obowiązku, a odwołuje się głównie do jego wewnętrznego przekonania co do tego, czy cena, lub jej wydatki się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający powołał się na orzecznictwo dotyczące art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył ponadto, że Odwołujący odnosi się wyłącznie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z ewidentnym pominięciem art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, co wydaje się być czytelne co do intencji. Pominięty przez Odwołującego art. 224 ust. 2 ustawy Pzp nie odnosi się bowiem do tego co w istocie kwestionuje Odwołujący, czyli do części ceny, lecz odnosi się do czegoś innego, czyli do całości ceny. Wszystkie zarzuty Odwołującego oparte o przewidziane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wyliczenia średnich arytmetycznych i progu 30% nie mają zatem żadnego legalnego zastosowania do tego co jest przedmiotem zarzutu, czyli rzekomego zaniżenia przez Przystępującego ceny za część zamówienia objętą prawem opcji (Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo).

Zamawiający podniósł, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż art. 224 ust. 2 ustawy Pzp ma zastosowanie do części ceny (do czego oczywiście zastosowania nie ma), to i tak należy zauważyć, iż wyliczenia poczynione (i to błędnie) przez Odwołującego i tak prowadzą jedynie do tego, że stwierdzają różnicę pomiędzy średnią arytmetyczną cen ofert obniżoną o 30%, a ceną za część zamówienia objętą prawem opcji zaoferowaną przez Przystępującego w wysokości jedynie 21 tys zł/m-c. W skali zamówienia, którego wartość zbliża się do poziomu 100 mln zł taką różnicę należy zdecydowanie określić jako znikomą. Znikomość różnicy prowadzi natomiast do wniosku o braku zaniżenia nawet części ceny oferty. W tym zakresie Zamawiający również przywołał orzecznictwo. W kwestii błędnych wyliczeń przedstawionych w odwołaniu odnoszących się do części zamówienia objętego prawem opcji Zamawiający wskazał, iż Odwołujący popełnił w tym zakresie dwa zasadnicze błędy, które doprowadziły do istotnego zawyżenia ceny. Po pierwsze Odwołujący zawyżył znacznie ilość etatów koniecznych do obsłużenia zadania związanego z dystrybucją posiłków. Odwołujący przyjął tu bowiem liczbę 65,25 etatu. U Zamawiającego zadanie to wykonuje aktualnie 40 osób. Biorąc pod uwagę spodziewane wyższe zdolności organizacyjne firm zewnętrznych należy się spodziewać konieczności zatrudnienia na poziomie co najwyżej takim, jaki występuje u Zamawiającego. Dodatkowo zaznaczył, iż podmioty zewnętrzne w stosunku do Zamawiającego nie są obarczone koniecznością utrzymania znacząco wyższego niż rynkowy poziomu wynagrodzeń wynikającego z ustawy z dnia 8 czerwca 2017 r. o sposobie ustalania najniższego wynagrodzenia zasadniczego niektórych pracowników zatrudnionych w podmiotach leczniczych (Dz. U. 2022.2139 t.j.). Po drugie Odwołujący nie dostrzegł odpowiedzi na pytanie nr 122 dnia 14 czerwca 2024 r., w którym Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż „Transport posiłków jest po stronie Zamawiającego”. Odwołujący wliczył natomiast koszt tego transportu do kosztów wykonania zamówienia w zakresie objętym prawem opcji, czym zawyżył koszty. Podsumowując powyższe Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez Przystępującego za część zamówienia objętą prawem opcji nie wydawała się Zamawiającemu, ani zaniżona, ani ustalona na poziomie, który nie zapewniałby prawidłowego wykonania zamówienia, stąd wzywanie Przystępującego do wyjaśnień dotyczących tej ceny nie było, ani potrzebne, ani dopuszczalne.

Odnosząc się do zarzutu dopuszczenia się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na rzekomym przeniesieniu części kosztu wykonania zamówienia objętego prawem opcji do zamówienia podstawowego Zamawiający stwierdził, iż Przystępujący nie określając ceny za tą część zamówienia jako ceny rażąco niskiej (co wykazano powyżej) nie mogło tak opisanego czynu się dopuścić i to niezależnie od tego czy stanowi on w istocie czyn nieuczciwej konkurencji, czy też nie. Zamawiający dodał, że u.z.n.k. nie przewiduje wprost jako takiego czynu polegającego na zastosowaniu inżynierii cenowej. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji z racji brzmienia art. 3 tej ustawy nie jest wprawdzie zamknięty, niemniej Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący określając cenę za część zamówienia objętą prawem opcji postąpiło niezgodnie z prawem lub dobrymi obyczajami. Szereg dalszych dywagacji Odwołującego odnoszących się do rzekomego pokrzywdzenia innych wykonawców i samego Zamawiającego uciąć powinno stwierdzenie Zamawiającego, iż już na chwilę obecną jest on stanowczo zdecydowany do wyboru opcji zważywszy na jej cenę.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego konstrukcji ceny w podstawowym zakresie zamówienia, Zamawiający wskazał, że SWZ nie narzucała żadnego sposobu kalkulacji cen za wykonanie usługi utrzymania 1 m² powierzchni w określonej strefie. SWZ nie narzucała też żadnych relacji pomiędzy cenami za 1 m² w poszczególnych strefach. Nie ma zatem żadnego prawnego powodu do kwestionowania sposobu skalkulowania ceny za zamówienia podstawowe w ofercie Przystępującego. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe nie podlegają badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 8 sierpnia 2024 r. złożył oświadczenie procesowe o wycofaniu zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 4, dotyczącego sposobu kalkulacji cen jednostkowych za m² usługi sprzątnięcia w ramach zamówienia podstawowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Optima Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy, Optima Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Hospital Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

W związku ze złożonym przez Odwołującego oświadczeniem procesowym o wycofaniu zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Przystępującego ceny i jej istotnych elementów w postaci sposobu kalkulacji cen jednostkowych za m² usługi sprzątania dotyczących strefy III i IV (zamówienie podstawowe), Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Ww. regulacje znajdują zastosowanie również w przypadku wycofania zarzutów w części, skoro bowiem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, może także zrezygnować z popierania części zarzutów odwołania. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wycofaniu odwołania w części wiąże Izbę i obliguje ją do umorzenia postępowania odwoławczego w danym zakresie. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Odwołujący objął zakresem zaskarżenia czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej dokonaną 15 lipca 2024 r. oraz zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, względnie zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołanie wniesione w dniu 18 lipca 2024 r. było zatem odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Okoliczność, że w ramach podniesionej w odwołaniu argumentacji Odwołujący wskazał na sposób skonstruowania kryterium oceny oferty w SWZ nie powoduje, że przedmiotem zaskarżenia objęto treść dokumentów zamówienia, a w konsekwentnej nie powoduje, że odwołanie jest spóźnione. Izba wskazuje, że po pierwsze Odwołujący - wbrew stanowisku Zamawiającego – nie dostrzegał czynu nieuczciwej konkurencji w sposobie sformułowania kryterium oceny ofert, lecz w tym, że Przystępujący zaniżył koszty zamówienia opcjonalnego, po drugie zaś nawet gdyby uznać, że Odwołujący swoją argumentacją podważał zgodność z ustawą Pzp ustalonych kryteriów oceny ofert, to za spóźnioną należałoby uznać tą argumentację, a nie odwołanie jako takie.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który złożył drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu i który w ramach wniesionego odwołania dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów załączonych do odwołania (załącznik nr 5 - kalkulacja minimalnych kosztów wykonania zamówienia) oraz złożonych przez Odwołującego na rozprawie tj.;

- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Radziejowie;
- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Wieluniu;
- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Kościanie;
- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu;
- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Powiatowe Centrum Zdrowia w Kamiennej Górze;
- wyciąg z dokumentacji postępowania prowadzonego przez Specjalistyczny Szpital Miejski w Toruniu;
- wniosek o wszczęcie postępowania z dnia 29 marca 2024 r.;

–opracowanie dotyczące zróżnicowanych sposobów dystrybucji posiłków w szpitalach wraz z zestawieniem różnic co do przedmiotu zamówienia w postępowaniach prowadzonych przez ww. szpitale;
na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Odwołującego w odwołaniu oraz do protokołu rozprawy.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym, tj.:

- załącznik nr 4 - tabela porównująca wynagrodzenie za aktualne realizowane zamówienie z wynagrodzeniem wyliczonym na podstawie stawek zaoferowanych w postępowaniu;
 - załącznik nr 5a – 5d - dokumenty stanowiące materiały źródłowe do ww. tabeli;
 - załącznik nr 6 - opis przedmiotu zamówienia na „Kompleksowe usługi: sprzątania, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych w obiektach SPSK Nr 1 PUM” z 13 lipca 2022 r.;
 - załącznik nr 6a - protokoły z wizji lokalnych odbytych w ramach Postępowania
 - załącznik nr 7a i 7b - tabele zawierająca stawki rynkowe z postępowań o udzielenie zamówienia na wyżywienie pacjentów (przygotowanie posiłku i dystrybucja) wraz z materiałami źródłowymi (załącznik nr 7c);
 - załącznik nr 8 - faktura nr FVCU/121/01/2024 wystawiona przez CATERMED Sp. z o.o.;
 - załącznik nr 9 - tabela obrazująca zakres zamówień na wyżywienie pacjentów (przygotowanie posiłku i dystrybucja);
 - załącznik nr 10 - kalkulacja kosztowa dla usługi dystrybucji posiłków (10a) wraz z materiałami źródłowymi (10b-10d);
- na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym oraz do protokołu rozprawy.

Izba za nieskuteczne uznała zastrzeżenie przez Przystępującego części ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa (załączniki 5a-5d oraz 10a-10e), stwierdzając, że uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego było ogólne i nie wykazywało spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w szczególności wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący podtrzymał ww. wnioski dowodowe, godząc się na ujawnienie informacji uprzednio zastrzeżonych, wobec czego załączniki nr 5a-5d oraz 10a-10e do pisma Przystępującego zostały przekazane Odwołującemu na posiedzeniu, celem zachowania zasady jawności postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia są Kompleksowe usługi: sprzątania, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych z opcją dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM.

W Rozdziale V SWZ Zamawiający ustanowił możliwość odbycia przez wykonawców wizji lokalnej i sprawdzenia dokumentów dostępnych na miejscu u Zamawiającego. Wskazał, że wizja lokalna będzie podzielona na trzy tury, ze względu na rozmieszczenie budynków.

W Rozdziale XVIII SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w postaci Ceny (60%) oraz Terminu płatności (40%). W zakresie kryterium Ceny wskazał, że cena to wartość brutto z formularza Oferty wraz z opcją.

Zamawiający w Rozdziale XXI pkt 7 SWZ wskazał, że przed podpisaniem umowy Zamawiający oświadczy Wykonawcy, czy skorzysta z opcji.

W Rozdziale XXIV SWZ zawarto opis przedmiotu zamówienia. W Rozdziale XX OPZ zawarto następującą informację dotyczącą zakresu opcji:

- 1.Planowane uruchomienie opcji nastąpi dnia 01.01.2025 r.
- 2.Rozwożenie posiłków na sale chorych oraz zebranie brudnych naczyń i sztućców po posiłkach we wszystkie dni tygodnia. Średnia ilość pacjentów w skali jednego dnia wynosi: - przy ulicy Unii Lubelskiej 1 w Szczecinie: ok.400 osób (szacunkowy metraż kuchenek oddziałowych: 234,92 m²), - przy ulicy Broniewskiego 26 w Szczecinie: ok 60 osób (szacunkowy metraż kuchenek oddziałowych: 169,97 m²); - przy ulicy Siedleckiej 2 w Policach: ok. 120 osób (szacunkowy metraż kuchenek oddziałowych: 265,43 m²).
- 3.Dystrybucja posiłków winna odbywać się następująco: kuchnia centralna – kuchenki oddziałowe – pacjent.
- 4.Posiłki dla pacjentów wydawane są w następujących godzinach: Śniadanie- 8:00- 9:00, II Śniadanie- 10:00-10:30
Obiad- 13:00-14:00, Podwieczorek- 16:00-16:30, Kolacja- 17:30-18:00, Posiłek nocny- 20:30.
- 5.Kuchnia centralna wydaje posiłki dla oddziałów w godzinach: Śniadanie I i II od godziny 7:00 do 8:00 Obiad od godziny 12:00 do 13:00, Podwieczorek z kolacją i posiłkiem nocnym od 15:00 do 16:00.
- 6.Poddane godziny wydawania posiłków mogą ulec zmianie.
- 7.Personel wydający posiłki musi znać diety obowiązujące w danym oddziale oraz zasady dystrybucji posiłków.
- 8.Pracownicy muszą posiadać aktualne zaświadczenia badań okresowych, zaświadczenia do celów sanitarno – epidemiologicznych.

9. Personel Wykonawcy prowadzący kuchenki oddziałowe i dystrybucję posiłków zobowiązany jest do noszenia odzieży jednocyfrowej Zamawiającego, za którą Wykonawca będzie obciążony kosztami. Rozliczenie za używanie odzieży będzie następowało w okresach miesięcznych na podstawie wystawionej przez Zamawiającego noty. W sytuacji kiedy użytkowanie będzie odbywać się wspólnie z personelem szpitalnym i odzież będzie razem oddawana do magazynu bielizny, koszt, będzie rozliczany na podstawie comiesięcznych grafików dostarczonych przez Wykonawcę, potwierdzających tym samym ilość pracowników, którzy użytkowali odzież jednocyfrową i operacyjną. Wykonawca będzie ponosił koszt za użytkowanie w wysokości ustalonej na podstawie stawek wskazanych w umowie Szpitala na pranie bielizny, powiększonej o koszt zużycia odzieży jednocyfrowej i operacyjnej (waga jednej sztuki bluzy to 0,2 kg, jednej sztuki spodni to 0,2 kg, czas użytkowania: 24 m-ce). Na dzień ogłoszenia postępowania koszt za pranie odzieży wynosi 3,65 zł brutto/ kg (dane na dzień 21.02.2024), a całkowity koszt za użytkowanie to 13,21 zł brutto/kg. Natomiast w momencie pobierania i zdawania odzieży przy użyciu szafy dystrybucyjnej oraz przy wydawaniu określonej ilości odzieży za potwierdzeniem np. przez Kierownika Kuchni, koszt będzie rozliczany na podstawie wydruku z szafy dystrybucyjnej/kwitów z magazynu bielizny, potwierdzając tym samym ilość pobranych sztuk odzieży. Koszt jednej sztuki bluzy lub spodni na dzień ogłoszenia postępowania wynosi 2,64 zł brutto. W trakcie dystrybucji posiłków w oddziałach Personel Wykonawcy musi używać również dodatkowe fartuchy ochronne (białe), czepki i rękawiczki foliowe zapewniane przez Wykonawcę (i zaakceptowane przez Zamawiającego) we własnym zakresie.
10. Podczas wydawania posiłków pracownicy bezwzględnie muszą przestrzegać zasad higieny i bezpieczeństwa żywności, dbać o estetyczne podanie potrawy.
11. Utrzymanie należytej czystości kuchенок oddziałowych: dbanie o czystość ścian, podłóg, zlewozmywaków, lodówek, mebli kuchennych, kuchенок elektrycznych, wyparzaczy, zmywarek, termosów, wózków do transportu żywności, itp.
12. Personel do dystrybucji posiłków musi być inny niż personel do sprzątania, zabrania się rotacji pracowników pomiędzy personelem sprzątającym a personelem zajmującym się dystrybucją posiłków.
13. Zapewnienie odpowiedniej ilości i jakości środków do utrzymania czystości i dezynfekcji (uzgodnione z Zamawiającym), a w szczególności:
- a) zakup środków myjąco-czyszczących, które powinny cechować się wysoką skutecznością mycia; łatwością wypłukiwania się z mytej powierzchni i sprzętu stosowanego do sprzątania; brakiem ujemnego wpływu na myte powierzchnie; brakiem toksyczności - na zdrowie personelu i pacjentów; brakiem ujemnego wpływu na środowisko naturalne.
 - b) zapewnienie preparatów myjących między innymi: do mycia zastawy stołowej i szklanej, do czyszczenia powierzchni ze stali nierdzewnej, do mycia zlewozmywaków, blatów, do powierzchni metalowych
 - c) zakup środków dezynfekcyjnych: preparaty dezynfekcyjne muszą posiadać aktualne ulotki oraz karty charakterystyki.
- Szacunkowe średniomiesięczne ilości zużytych preparatów:
- Alkaliczny koncentrat do mycia zastawy stołowej i szklanej, sztućców oraz sprzętu kuchennego w zmywarkach przemysłowych i myjniach gastronomicznych, nie zawierający chloru i fosforanów, dostosowany do przygotowania z wody wodociągowej – 280 L/mies.
 - Preparat nabłyszczający do płukania naczyń i szkła w zmywarkach gastronomicznych i przemysłowych, nadaje połysk, nie pozostawia smug i zacieków. Wymaga automatycznego dozowania- 280 L/mies.
 - Kwaśny preparat do odkamieniania (usuwania osadów mineralnych) zmywarek i innych urządzeń gastronomicznych (bębny, termosy, czajniki, piece, kotły) – 5L/mies.
 - Produkt myjący i dezynfekujący, przeznaczony do czyszczenia i dezynfekcji powierzchni w kuchni, proces manualny. Zawartość środków powierzchniowo czynnych oraz dezynfekujących - 20 L/mies.
 - Uniwersalny środek do czyszczenia kuchni i posadzek, zawierający etery glikolu dipropylenowego – 10 L/mies.
 - Preparat do ręcznego mycia naczyń, zawierający anionowe środki powierzchniowo czynne mniejsze/równe 15% - 20 L/mies.
 - Mleczko do czyszczenia powierzchni w kuchni (czyszczenie zlewozmywaków, blatów, sprzętów kuchennych i powierzchni zmywalnych. Zawartość niejonowych środków powierzchniowo czynnych mniej niż 5% - 15 L/mies.
 - Środek czyszczaco-nabłyszczający do powierzchni metalowych – 15 L/mies.
 - Preparat do dezynfekcji powierzchni mających kontakt z żywnością oraz urządzeń gastronomicznych: lodówek i ich wyposażenia, krawalnic, maszynek do mielenia mięsa, blatów roboczych, taśm produkcyjnych itp. – 15 L/mies.
 - Proszek do usuwania osadów po kawie i herbacie, zawierający związki wybielające na bazie tlenu - 15 kg/mies.

14. Zakres czynności personelu odnośnie utrzymania czystości w kuchniach oddziałowych:

Lp.	Powierzchnia i wyposażenie	Mycie/ dezynfekcja		
		1 raz dziennie	2 razy dziennie	Inna częstotliwość
1.	Podłogi	X	-	w razie potrzeb
2.	Ściany, glazura i lampy przyścienne	-	-	1 raz w tygodniu
3.	Okna	-	-	1 raz na kwartał
4.	Drzwi, grzejniki	-	-	1 raz w tygodniu
5.	Obudowy lamp sufitowych	-	-	1 raz w miesiącu
6.	Kosze na odpady - opróżnianie	-	X	-
7.	Stoły, blaty, klamki	-	X	w razie potrzeb
8.	Umywalki, zlewy	-	-	przy każdym użyciu
9.	Utrzymanie czystości sztućców, garnków, talerzy, kubków	-	-	po każdym użyciu
10.	Lodówka	-	-	1 raz w tygodniu
11.	Szuflady, szafki	X	-	-
12.	Kuchenka mikrofalowa/ zmywarka	X	-	-
13.	Meble z zewnątrz	X	-	-
14..	Wózki do transportu posiłków	-	-	po każdym użyciu

W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał wskazania ceny jednostkowej brutto za utrzymanie czystości jednego metra kwadratowego powierzchni w okresie jednego miesiąca w poszczególnych strefach, całkowitej wartości oferty w zakresie kompleksowego utrzymania czystości (cena jednostkowa w każdej ze stref x całkowita ilość metrów wskazana w Rozdziale XV OPZ stanowiącego Rozdział XXIV SWZ tabela nr 1 – brutto PLN/ 24 m-cy), wartości opc (dystrybucja posiłków w Rozdziale XX OPZ stanowiącego Rozdział XXIV SWZ - brutto PLN/ 23 m-cy) oraz całkowitej wartości oferty brutto (zakres podstawowy i opcja).

W § 4 ust. 2 wzoru umowy wskazano, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do zmiany rodzaju i ilości powierzchni do utrzymania w czystości w przypadku pomieszczeń remontowanych i przylegających do remontowanych, modernizacji, przebudowy, zmian organizacyjnych itp. Zmiana taka nastąpi na podstawie jednostronnego pisemnego oświadczenia Zamawiającego i będzie skuteczna od początku najbliższego miesiąca kalendarzowego. Wykonawca nie będzie wnosił w stosunku do zamawiającego żadnych zastrzeżeń z tego tytułu, przyczyn Zamawiający zapewnia, iż ewentualne ograniczenie zakresu zamówienia nie przekroczy w żadnym wypadku 30 % zakresu zamówienia istniejącego na dzień zawarcia umowy.

Ponadto Izba ustaliła, że w ramach wyjaśnień treści SWZ Zamawiający odpowiedzi na pytanie nr 102 określił zakres czynności w procesie dystrybucji posiłków w następujący sposób: 1. Organizacja transportu zewnętrznego oraz wewnętrznego (dystrybucja posiłków według zatwierdzonego harmonogramu; zapewnienie odpowiednich warunków transportu (np. utrzymanie ciepła); 2. Dostawa na oddziały/kliniki; 3. Serwowanie posiłków na oddziałach/klinikach zgodnie z procedurami HACCP; 4. Czynności porządkowe: codzienne sprzątanie po każdym posiłku (zbieranie naczyń; mycie i dezynfekcja naczyń kuchennych oraz wózków transportowych; sprzątanie kuchni oddziałowej); 5. Segregacja odpadów po konsumpcyjnych. W odpowiedzi na pytanie nr 103 Zamawiający wskazał, że zapewnienie sprzętu do dystrybucji posiłków jest po stronie Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie nr 122 Zamawiający wskazał, że transport posiłków jest po stronie Zamawiającego.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta Konsorcjum Izan+ i Naprzód Hospital z ceną całkowitą 86 907 428,30 zł po poprawieniu omyłek (zakres podstawowy: 76 051 428,30 zł, opcja: 10 856 000,00 zł), oferta Przystępującego z ceną całkowitą 73 365 204,22 zł (zakres podstawowy: 66 442 204,22 zł, opcja: 6 923 000,00 zł), oferta Odwołującego z ceną całkowitą 74 069 010,05 zł po poprawieniu omyłek (zakres podstawowy: 59 800 329,39 zł, opcja: 14 268 680,66 zł). Wszyscy wykonawcy zaoferowali taki sam termin płatności, będący drugim z kryteriów oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego.

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, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono, należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaofferowana 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;
- art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 239 ust. 2 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 – 17g u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie określonego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ww. ustawy.

Izba podkreśla, że ciężar wykazania, że działanie Przystępującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji spoczywał, zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu opisaną w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, na Odwołującym, który z tych właśnie okoliczności wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołujący spoczywającemu na nim obowiązki dowodowe nie sprostał.

Po pierwsze Odwołujący swoją tezę o złożeniu przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji opierał na założeniu, że Przystępujący dokonał przeniesienia kosztów wykonania usługi dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM wchodzących w zakres prawa opcji do kosztów wykonania usług sprzątnięcia, dezynfekcji powierzchni Szpitala z uwzględnieniem usług pomocniczych wchodzących w zakres zamówienia podstawowego, w celu zapewnienia sobie wyższego wynagrodzenia za zakres zamówienia podstawowego, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej za zamówienie wchodzące w zakres prawa opcji, co stanowiło w ocenie Odwołującego tzw. inżynierię cenową/manipulację cenową. W takiej sytuacji, skoro Odwołujący twierdził, że Przystępujący dokonał niedozwolonej inżynierii cenowej polegającej na przeniesienia kosztów zakresu opcji do kosztów zakresu podstawowego

zamówienia, to powinien był okoliczność tę wykazać. Argumentacja Odwołującego jednak nie odnosiła się do ceny zaoferowanej przez Przystępującego za zamówienie podstawowe. Odwołujący podniósł jedynie, że wycena zamówienia podstawowego przez Przystępującego odbiega znacznie od wycen zakresu podstawowego przez pozostałych dwóch wykonawców, co potwierdza, że cena ta została celowo zawyżona, aby nieuczciwie uzyskać zamówienie. Izba stwierdziła, że stanowisko to jest niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ cena oferty Przystępującego za zamówienie podstawowe była niższa od ceny oferty trzeciego wykonawcy (Konsorcjum Izan+, Naprzód Hospital) o prawie 10 mln zł, jak również niższa o prawie 1 mln zł od średniej arytmetycznej cen brutto za zamówienie podstawowe. W tym miejscu Izba wskazuje, że w tabeli zawartej na str. 5 odwołania przedstawiającej ceny ofert zawarto niezgodne ze stanem faktycznym dane w zakresie ceny oferty Odwołującego za zakres podstawowy, która po poprawieniu omyłek ustalona została na 59 800 329,39 zł, a nie jak wskazano 58 638 827,35 zł. W konsekwencji średnia arytmetyczna cen ofert wynosiła 67 431 320,63 zł, a nie 67 044 153,29 zł, a zatem cena oferty Przystępującego za zakres podstawowy była w rzeczywistości niższa od średniej arytmetycznej w jeszcze większym stopniu niż wynikało to z danych zawartych w odwołaniu. W tym stanie rzeczy zarówno teza, że cena oferty Przystępującego za zakres podstawowy znacząco odbiega od wycen pozostałych wykonawców, jak i teza o znaczącym zawyżeniu tej ceny przez Przystępującego, są nieprawdziwe. Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie cenę za zamówienie podstawowe zaoferowaną przez Przystępującego należałoby uznać za zawyżoną, w sytuacji gdy była ona niższa niż średnia arytmetyczna wszystkich ofert prawie o milion złotych. Twierdzenia Odwołującego nie przystawały do rzeczywistych różnic między ofertami wykonawców. Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że Przystępujący przedstawił wraz z pismem procesowym dowody odnoszące się do obecnie realizowanej przez niego usługi sprzątania na rzecz Zamawiającego w celu porównywania, że przyjęte przez niego stawki za 1m² sprzątania powierzchni oraz cena całkowita za zakres podstawowy odpowiadają swoim poziomem aktualnie uzyskiwanemu wynagrodzeniu. Dowodów tych Odwołujący nie kwestionował.

Izba za chybione uznała również stanowisko Odwołującego, że w postępowaniu dojdzie do sytuacji, w której Zamawiający de facto nie dokona wyboru oferty najtańszej (najkorzystniejszej z uwzględnieniem wszystkich kryteriów oceny ofert), gdyż oferta Przystępującego w zakresie zamówienia podstawowego (gwarantowanego) jest droższa niż oferta Odwołującego. Po pierwsze w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, ofertą najkorzystniejszą w kryterium ceny nie jest oferta z najniższą ceną za zamówienie podstawowe, lecz oferta z najniższą ceną łączną za zamówienie podstawowe i za opcję. Zamawiający w taki sposób zdecydował się skonstruować kryterium cenowe, a okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego na etapie publikacji dokumentów zamówienia. To czy przedmiotowe kryterium było zgodne z ustawą Pzp i właściwie zabezpieczało interesy Zamawiającego pozostaje poza oceną Izby. W oparciu o treść dokumentów zamówienia ofertą najkorzystniejszą w kryterium ceny jest oferta z najniższą ceną całkowitą brutto, będącą sumą ceny brutto za zakres podstawowy i opcję. Dlatego nie jest zasadne twierdzenie, że Zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert, które Odwołujący oparł na stwierdzeniu, że cena oferty Przystępującego za zamówienie podstawowe nie była najtańsza skoro w świetle treści SWZ cena za zakres podstawowy nie była samodzielny kryterium. Ponadto stanowisko Odwołującego opiera się na czysto hipotetycznym założeniu, że Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji, podczas gdy jest to zdarzenie przyszłe, którego zaistnienie nie jest jednoznacznie możliwe do ustalenia na tym etapie postępowania. Zamawiający zaś obecnie deklaruje, że z prawa opcji skorzysta.

Należy również zauważyć, że Odwołujący oparł twierdzenia o złożeniu przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wyłącznie na samych różnicach cenowych pomiędzy ofertami wykonawców za zakres podstawowy i opcję, a w szczególności na zaoferowaniu przez Przystępującego najniższej ceny za opcję. Jednak Przystępujący nie był w postępowaniu o udzielenie zamówienia wzywany do wyjaśnień w trybie art. 244 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie nie było możliwe ustalenie w jaki sposób konstruował on cenę, jakie składniki cenotwórcze przyjął i czy za zaoferowaną cenę Przystępujący jest w stanie zrealizować zamówienie (podstawowe i opcję) na odpowiednim poziomie jakości, bez powstania po jego stronie straty. W takich okolicznościach stanu faktycznego sprawy siłą rzeczy dowiedzenie, że Przystępujący składając ofertę dopuścił się inżynierii cenowej, jest istotnie utrudnione. Przywołany w treści odwołania wyrok z dnia 23 stycznia 2023 r. o sygn. akt KIO 51/23, w którym potwierdzono czyn nieuczciwej konkurencji, odnosił się do przypadku, gdy wykonawca został uprzednio wezwany do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, a z wyjaśnień tych wynikało, że doszło do nieuprawnionego przeniesienia kosztów pomiędzy zakresem podstawowym a opcją. Orzeczenie to zostało zatem wydane w odmiennym stanie faktycznym.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. za nieudowodniony.

Izba oddaliła również zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz, której istotny element - usługa dystrybucji posiłków w obiektach USK 1 PUM wchodzących w zakres

prawa opcji - zawiera rażąco niską cenę.

Jak stwierdzono powyżej, Odwołujący nie wykazał, aby oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Z kolei stawianie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest oczywiście bezzasadne w sytuacji, gdy – jak w rozpoznawanej sprawie – Przystępujący nie był w ogóle wzywany do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W orzecznictwie i doktrynie jednolicie wskazuje się, że odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Jak zauważono m.in. w wyroku Izby z dnia 30 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 121/24, „*dopiero złożone wyjaśnienia w trybie art. 224 Pzp mogą prowadzić do uznania przez zamawiającego, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, a do tego koniecznym jest zaistnienie jednej z okoliczności wskazanych w ust. 6 tego artykułu, w którym ustawodawca przesądził, że podstawą do odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt jest wystąpienie sytuacji, w której wyjaśnienia nie zostały złożone w terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu. Izba ustaliła, że zamawiający w postępowaniu nie skierował do przystępującego wezwania w trybie art. 224 Pzp, przez co nie mógł też odrzucić oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.*” W świetle przepisów ustawy Pzp nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty bez wcześniejszego wszczęcia procedury wyjaśniającej czy zaoferowana przez wykonawcę cena lub jej istotna część składowa nosi znamiona rażąco niskiej. Zasadą jest obligatoryjność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaistnieją okoliczności uzasadniające podejrzenie rażąco niskiej ceny, wskazane w art. 224 ust. 1 lub 2 pkt 1 ustawy Pzp. Dzięki temu wykonawca, przed ewentualnym odrzuceniem jego oferty, ma możliwość przedstawienia sposobu kalkulacji ceny czy czynników mających wpływ na cenę oferty i wykazanie, że nie ma ona charakteru rażąco niskiego. W przedmiotowym przypadku Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, co przesądza o bezzasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Odwołujący co prawda postawił jako zarzut ewentualny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej w ofercie Przystępującego ceny i jej istotnych elementów w postaci ceny za usługę dystrybucji posiłków w obiektach USK - 1 PUM, co w dalszej kolejności skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, błędy w obliczeniu tej ceny, jak też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach prawa, a w dalszej kolejności również naruszeniem uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zarzut nr 3), niemniej zarzutu tego również nie wykazał.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba na wstępie wskazuje, że niezasadnie Odwołujący *w petitum* odwołania wywodził z zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny automatyczny skutek w postaci zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Jak zauważono powyżej, nie jest możliwe odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień, a zatem stawianie takiej tezy przez Odwołującego jest co najmniej przedwczesne. Analogicznie rzecz się ma, jeśli chodzi o błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy Odwołujący wywodził ten błąd z zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej za zamówienie opcjonalne. Odwołujący nie przedstawił żadnej innej argumentacji, która referowałaby *stricte* do błędu w obliczeniu ceny za opcję, skupiał się wyłącznie na wykazaniu, że doszło do jej zaniżenia.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, aby w przedmiotowym przypadku zmaterializowały się przesłanki aktualizujące po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za opcję. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp to Odwołującego obciążał obowiązek dowodowy w tym zakresie, dlatego Odwołujący zobowiązany był wykazać, że cena za zamówienie opcjonalne jest istotną częścią składową ceny, że powinna ona wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Podkreślić należy, że w treści omawianego przepisu, jest mowa o tym, że cena (istotna część składowa) ma wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia z podkreśleniem słowa „rażąco” - nie wystarczy zatem wykazać, że jest ona niska, lecz rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że jakkolwiek Odwołujący zdołał wykazać, że w tym stanie faktycznym – w szczególności w świetle brzmienia cenowego kryterium oceny ofert - cenę za zamówienie opcjonalne należy uznać za istotną część składową ceny, to jednak nie wykazał, że powinna ona wydawać się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wzbudzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Odwołujący jako podmiot profesjonalny, niewątpliwie posiada wiedzę odnośnie sposobu realizacji tego rodzaju usług i związanych z tym kosztów, niemniej przedstawiając swoją argumentację oparł się on na nieprawidłowych założeniach, prezentując wybiórczą analizę dokumentów zamówienia i zawyżone szacunki w zakresie niezbędnego nakładu pracy.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu aktualne pozostają rozważania Izby przedstawione przy zarzucie nr 1, w szczególności dotyczące niewykazania przez Odwołującego, że doszło do przeniesienia kosztów związanych z zakresem opcji do kosztów zakresu podstawowego oraz dotyczące nieznajdujących oparcia w rzeczywistym stanie faktycznym twierdzeń Odwołującego o zawyżeniu przez Przystępującego ceny za zakres podstawowy zamówienia. Za zbędne należy uznać ich ponowne przytaczanie w tym miejscu.

Ponadto Izba za niewiarygodne uznała twierdzenia Odwołującego o niezbędnej do realizacji zamówienia opcjonalnego liczbie etatów, którą Odwołujący oszacował na 65,25 etatów. W szczególności szacunek ten ma się nijak do faktu, że według danych przedstawionych przez Zamawiającego zadanie to wykonuje aktualnie 40 osób. Odwołujący nie przedstawił rzeczowych argumentów, które pozwalałyby uznać, iż – mimo że obecnie zaangażowanie personelu dystrybuującego posiłki kształtuje się na ww. poziomie – to w oparciu o treść opisu przedmiotu zamówienia niezbędne jest przyjęcie znacznie większej liczby etatów (65 etatów). Odwołujący założył przy tym jednolitą, minimalną liczbę etatów dla każdego z oddziałów szpitalnych, podczas gdy nie budzi wątpliwości fakt, że oddziały istotnie różnią się, nie tylko pod względem liczby pacjentów, ale i specyfiki pracy. Informacje przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie nie zawierają konkretnej analizy treści dokumentów zamówienia, poza ogólnym ich przywołaniem i twierdzeniami, że narzucony harmonogram wydawania posiłków wymaga dobrej organizacji pracy i zaangażowania odpowiedniej liczby personelu. Odwołujący argumentację w tym zakresie, w tym informacje dotyczące przyporządkowania liczby etatów do poszczególnych czynności, zaprezentował dopiero na rozprawie, co jednak należy uznać za działanie spóźnione. Z treści odwołania nie wybrzmiewa w jaki sposób Odwołujący ustalił liczbę etatów na 65,25, a samo przywołanie postanowień wynikających z OPZ nie jest w tym zakresie wystarczające.

Dalej należy wskazać, że jednym z istotnych czynników cenotwórczych usługi dystrybucji posiłków opisanym w odwołaniu był transport posiłków z kuchni centralnej (ul. Unii Lubelskiej w Szczecinie) do kuchni oddziałowych (a więc także na ul. Broniewskiego w Szczecinie i ul. Siedlecką w Policach). Odwołujący wskazywał w tym zakresie w szczególności na odległość do miasta Police i konieczność przewozu posiłków trzy razy dziennie oraz wiążące się z tym koszty paliwa i koszty zatrudnienia kierowcy. Tymczasem Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 122 wskazał, że transport posiłków jest po stronie Zamawiającego. Wszelkie koszty z tym związane nie wchodzą zatem w skład ceny za zamówienie opcjonalne. Powyższe powoduje, że wyliczenia przedstawione przez Odwołującego w załącznikach do odwołania zostały oparte na nieprawidłowych założeniach, co czyni je niewiarygodnymi. Nie zmienia tego fakt, że wskazywane przez Odwołującego koszty zapewnienia odzieży czy środków czystości nie były w postępowaniu odwoławczym poddane szerszej dyskusji, brak jest bowiem podstaw do przyjęcia, że Przystępujący kosztów tych nie ujął w swojej wycenie. Już tylko przy uwzględnianiu odpowiednich danych w zakresie liczby etatów i wyeliminowania kosztów transportu suma kosztów za zakres opcji w zestawieniu załączonym do odwołania byłaby istotnie niższa. Izba zgodziła się z Przystępującym, że Odwołujący zaprezentował pewną swoją autorską metodologię kalkulacji kosztów zamówienia opcjonalnego, która ani nie przystaje w pełni do opisu przedmiotu zamówienia, ani nie stanowi opisu jedynego, wyłącznie właściwego, sposobu organizacji pracy wykonawcy, a jako taka nie może stanowić wiarygodnego narzędzia do weryfikacji ceny zaoferowanej przez Przystępującego za zakres opcjonalny zamówienia.

Izba zgodziła się ponadto z Przystępującym, że usługa dystrybucji posiłków objęta opcją posiada dużo węższy zakres zamówienia niż standardowe usługi cateringu, jest on w zasadzie ograniczony do rozdania posiłków i posprzątania po posiłkach. Nie obejmuje tak istotnych czynności, jak przygotowanie posiłków czy ich transport zewnętrzny, nie obejmuje kosztów surowca czy zapewnienia sprzętu do dystrybucji posiłków. Przedstawiona przez Przystępującego tabela obrazująca ceny usług cateringu z dystrybucją oraz samego cateringu bez dystrybucji (dowód 7b) w sposób wiarygodny prezentuje ceny rynkowe za tego rodzaju usługi, zostały one bowiem poparte dokumentami źródłowymi, które nie były przez Odwołującego kwestionowane. Co prawda dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci wyciągów z postępowań prowadzonych przez inne placówki medyczne (SPZOZ w Radziejowie, SPZOZ w Wieluniu, SPZOZ w Kościanie, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nr 4 w Bytomiu, Powiatowe Centrum Zdrowia w Kamiennej Górze i Specjalistyczny Szpital Miejski w Toruniu) wskazują na pewne różnice w opisach przedmiotu zamówienia przedstawione w złożonym na rozprawie zestawieniu (np. liczba lokalizacji, metraż, ilość oddziałów, godziny wydawania posiłków), niemniej w ocenie Izby oczywistym jest, że poszczególne zamówienia różnić się będą co do zakresu, gdyż różna jest charakterystyka szpitali, wobec czego ich porównywanie wprost nigdy nie będzie w pełni miarodajne. Jednak informacje przedstawione przez Przystępującego obrazują pewien poziom cen usług o

szerszym zakresie niż objęty przedmiotowym postępowaniem (w szczególności usług „pełnego” wyżywienia, gdzie dystrybucja posiłków jest tylko jednym z elementów), dowodząc, że koszt samej dystrybucji posiłków co do zasady jest niższy - stanowi w świetle twierdzeń Przystępującego 20- 35% kosztów zamówienia na „pełną” usługę wyżywienia pacjentów. W przedziale tym mieścić się będzie stawka przyjęta przez Przystępującego na poziomie 17,02 zł za osobodzień dystrybucji posiłków. Natomiast stawka przyjęta przez Odwołującego – 35,06 zł swoją wysokością jest bardziej zbliżona do stawek oferowanych przez wykonawców za usługi o szerszym zakresie (obejmujące oprócz dystrybucji także przygotowanie posiłków). Odwołujący nie dowiódł, że zakres przedmiotowego postępowania jest na tyle skomplikowany i rozbudowany, że powinien implikować po stronie wykonawców skalkulowanie cen na tak wysokim poziomie, zbliżonym do cen rynkowych za „pełną” usługę cateringu.

Odnosząc się zaś do złożonego przez Odwołującego dowodu w postaci wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 29 marca 2024 r. (który został przekazany również przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania dostarczonej Izbie) Izba stwierdziła, że okoliczność, że w ramach rozeznania rynku Przystępujący wskazał wyższą niż w postępowaniu cenę za zakres opcji nie powoduje *per se*, że cena ta powinna wydawać się Zamawiającemu rażąco niska i budzić wątpliwości, zwłaszcza, że drugi z zapytanych podmiotów wskazał cenę niższą niż zaoferowana przez Przystępującego, trzeci zaś w ogóle nie wycenił opcji. Z dokumentu tego nie sposób wywieść jaka była treść zapytania i w oparciu o jakie informacje wykonawcy szacowali swoje wyceny w ramach rozeznania rynku. Izba wskazuje, że występowanie rozbieżności pomiędzy wyceną wskazywaną na etapie rozeznania rynku, a następnie oferowaną ceną nie jest rzadkim zjawiskiem. Na jego istnienie wpływa chociażby to, że oferty składane są w oparciu o szczegółowe opisy przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem konkretnych informacji o warunkach udziału w postępowaniu, kryteriach oceny ofert i warunkach umowy, po wyjaśnieniu ewentualnych wątpliwości w drodze pytań do SWZ lub wniesieniu odwołań, co istotnie niweluje ryzyko po stronie wykonawcy i wpływa na możliwość bardziej precyzyjnej wyceny niż w oparciu o zapytania kierowane w ramach rozeznania rynku, których treść często jest ograniczona.

Ponadto Izba wskazuje, że argumentem, który należało wziąć pod uwagę oceniając istnienie podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ceny za zamówienie opcjonalne, było także to, że Przystępujący to podmiot realizujący obecnie na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania czystości, a zatem podmiot, którym posiada wiedzę na temat funkcjonowania jednostki Zamawiającego, jej struktury, organizacji pracy. Odwołujący zaś nie wziął udziału nawet w wizjach lokalnych w celu sprawdzenia uwarunkowań charakterystycznych dla przedmiotu zamówienia. Jakkolwiek Odwołujący nie miał takiego obowiązku, to nie można wykluczyć, że była to jedna z przyczyn rozbieżności cenowej pomiędzy ofertą Odwołującego a Przystępującego w zakresie opcji, w tym przyjęcia zawyżonej liczby etatów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zauważyć przy tym należy, że cena Odwołującego za opcję odbiegała od średniej arytmetycznej ofert w zbliżonej proporcji jak cena Przystępującego. Dlatego też sama rozbieżność pomiędzy cenami zaoferowanymi przez wykonawców za zamówienie opcjonalne nie uprawdopodobnia zaniżenia ceny przez Przystępującego, a zwłaszcza jej zaniżenia w sposób rażący. Nie sposób w takiej sytuacji także zgodzić się z Odwołującym, że „połączenie tak dużej różnicy cenowej z bardzo istotnym zawyżeniem ceny za zamówienie podstawowe powinno było skłonić Zamawiającego do refleksji i skutkować badaniem rażąco niskiej ceny w zakresie istotnego elementu wyceny jaką jest cena za zamówienie opcjonalne”. Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia dotyczącej zarzutu nr 1 (czynu nieuczciwej konkurencji) teza Odwołującego o istotnym zawyżeniu ceny za zamówienie podstawowego nie została wykazana, a nadto oparta była na niezgodnym ze stanem faktycznym założeniu, że była ona wyższa niż cena dwóch pozostałych ofert, podczas gdy w rzeczywistości była ona niższa niż średnia arytmetyczna cen za opcję.

W tym stanie rzeczy zarzut nr 3 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Jedynie w ramach uzupełnienia Izba wskazuje, że załączony do pisma Przystępującego dowód w postaci kalkulacji kosztowej dla zakresu opcji wraz z materiałami źródłowymi (załączniki 10a – 10e, odtajnione na posiedzeniu) nie wpływał na uznanie przez Izbę, że Odwołujący nie wykazał istnienia podstaw do wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny za opcję, o powyższym przesądzały bowiem wcześniej omówione okoliczności. Ponadto co do zasady szczegółowa analiza sposobu kalkulacji ceny ofertowej pod kątem jej realnego poziomu powinna mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile ziszczone zostałyby przesłanki opisane w art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Izba nie może bowiem zastępować Zamawiającego w czynnościach, jakie byłby on ewentualnie zobowiązany podjąć w świetle przepisów ustawy Pzp, dlatego dowód ten zasadniczo nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy

Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego w całości, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 543 zł 07 gr stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....