Sygn. akt KIO 2632/25

Warszawa, 6 sierpnia 2025 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **1 sierpnia 2025 r**. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **26 czerwca 2025 r.**

przez wykonawcę: **CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa polegająca na zapewnieniu całodziennej obsługi w zakresie żywienia pacjentów Instytutu CZMP* (ZP.281.43.2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi** [„Zamawiający"]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **One & Only sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** [„Przystępujący"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego, tj.:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz jako **uzasadnione koszty Zamawiającego: kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika** i **kwotę 17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) **z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa**,

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemnaście złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

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

Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi{dalej: „Instytut", „CZMP" lub „Zamawiający"}prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp", „Pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa polegająca na zapewnieniu całodziennej obsługi w zakresie żywienia pacjentów Instytutu CZMP* (ZP.281.43.2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 maja 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 103 pod poz. 349844.

Wartość tego zamówienia jest powyżej progów unijnych.

16 czerwca 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez One & Only sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej: „One & Only", „Wykonawca" lub „Przystępujący"}.

26 czerwca 2025 r. CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej: „Catermed" lub „Odwołujący"} wniósł odwołanie od powyższej czynności i zaniechania odrzucenia wybranej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty One & Only jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie określonego w formularzu cenowym wymogu uwzględnienia w cenie posiłków wsadu do kotła wynoszącego nie mniej niż 45% dziennej stawki żywieniowej.
2. Art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 – przez zaniechanie wezwania One & Only do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, pomimo tego, że: a) cena ta jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie umożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach tego zamówienia; b) elementy cenotwórcze, takie jak koszt II śniadania oraz podwieczorku, kolacji II i napojów dodatkowych, wskazane w ofercie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach tego zamówienia.
3. Art. 239 ust. 1-2 w zw. art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 17 ust. 2 – przez wybór oferty One & Only jako najkorzystniejszej bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2.Ponownego badania i oceny ofert.
3.Odrzucenia oferty One & Only.
4.Wezwania One & Only do wyjaśnienia ceny oferty.
5.Ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano powyższe zarzuty przez podniesienie w przeważającej mierze wspólnych okoliczności faktycznych i okoliczności prawnych oraz załączając dowody, które wzięto pod uwagę i odzwierciedlono dalej w zakresie, w jakim miały one znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Z kolei okoliczności wynikające z pisma procesowego Odwołującego z 31 lipca 2025 r. oraz załączone do niego dowody zostały wzięte pod uwagę wyłącznie w takim zakresie, w jakim nie wykraczały poza podstawę faktyczną zarzutów odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie z 29 lipca 2025 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną oraz załączając dowody, jak to poniżej zrelacjonowano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia z 3 lipca 2025 r. oraz w dalszym piśmie z 31 lipca 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc okoliczności faktyczne i prawne oraz załączając dowody, które wzięto pod uwagę, jeżeli miały one znaczenie dla sprawy.

Odwołujący w piśmie procesowym z 31 lipca 2025 r. odniósł się do odpowiedzi na odwołanie, podnosząc okoliczności faktyczne i argumentację prawną, które uwzględniono, jeżeli miały znaczenie dla sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący nie udowodnił, że wskazane w formularzu cenowym oferty One & Only ceny jednostkowe netto za niektóre posiłki, tj. śniadanie II (0,74 zł), podwieczorek (0,74 zł), kolację II (1,50 zł) i napoje dodatkowe do 250 ml wg dodatkowego zamówienia (1,86 zł) nie pozwalają na spełnienie wymagania Zamawiającego określonego w Załączniku nr 2 do SWZ – Formularz cenowy [pisownia oryginalna],*aby Wykonawca w cenie posiłku uwzględnił wsad do kotła wynoszący nie mniej niż 45% dziennej stawki żywieniowej.*

Niesporne jest, że w pkt 31. § 4. Wymagania dotyczące przygotowania posiłków w ramach diet stosowanych w ICZMP z załącznika nr 1 do Umowy – Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia {dalej: „SOPZ"} Zamawiający zobowiązał wykonawcę do uwzględnienia w jadłospisach następujących wymogów dotyczących tych posiłków [pisownia oryginalna]:

(…)

b) Śniadanie II i kolacja II

W zestaw śniadania drugiego i drugiej kolacji powinny wchodzić następujące składniki:

• herbata czarna słodka z cytryną lub bez, herbata owocowa, ziołowa

• chleb pełnoziarnisty lub żytni świeży krojony, pieczywo cukiernicze

• masło extra min 82 % tłuszczu

• jeden dodatek do pieczywa (na zimno lub na ciepło) + warzywa

• owoc 1 szt. , musy owocowe lub owocowo warzywne, sałatki, desery zbożowo owocowe, kisiel, budyń, galaretka z owocami

• jogurty owocowe, jogurty naturalne, serki homogenizowane owocowe, kefir, skyr

• serki homogenizowane naturalne, serki twarogowe ziarniste.

Do śniadania II i kolacji II konieczne jest zapewnienie napoju gorącego lub zimnego.

d) podwieczorek

W zestaw podwieczorku powinny wchodzić następujące składniki :

• ciastka sztukowe, ciasteczka na wagę

• paluszki solone, z makiem, sezamem

• krakersy różne smaki, herbatniki, biszkopty

• wafle ryżowe, wafle andruty, crunchella, chrupki jaglane, kukurydziane

• ciasta domowe pieczone , wyroby czekoladowe

• owoce świeże, musy owocowe

•budyń, kisiel, kaszka manna, owsianka z sokiem, owocami lub musami owocowymi podawane pacjentom w oddziale na ciepło w salaterkach. Nie dopuszcza się podaży tego typu dań na zimno.

• galaretki owocowe, panna coty, desery z uwzględnieniem orzechów, nasion chia

• naleśniki, gofry, racuszki

• bułka pszenne, maślana z masłem na słodko (powidła, dżem, miód)

• jogurty i serki homogenizowane naturalne i smakowe, maślanki, kefiry naturalne i smakowe
• soki owocowe 100 %, soki warzywne, pomidorowe naturalne
• ciepłe napoje typu kakao, kawa z mlekiem, mleko z dodatkami
(…)

W szczególności Odwołujący nie udowodnił, że dla jadłospisów uwzględniających powyższe wymagania tzw. wsad do kotła powinien wynosić minimum dla posiłków netto: śniadania II – 1,05 zł, podwieczorku – 1,01 zł, kolacji II – 1,35 zł, napojów (soki, woda, herbata, kawa, kisiel itp.) – 1,10 zł (przy czym za nieadekwatny punkt odniesienia należy uznać określony również w odwołaniu na 1,29 zł netto tzw. średni wsad do kotła), a tym samym nie wykazał, że ceny jednostkowe tych posiłków i napojów z oferty Only & One powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania w tym zakresie zamówienia przy uwzględnieniu wymagań wynikających ze SOPZ.

Odwołanie zawiera w tym zakresie następujące twierdzenia i zgłoszone dowody [pisownia oryginalna, ujednolicono interpunkcję]:

Dla przykładu tak prezentują się poszczególne ceny produktów:
1. Jogurt owoce leśne 100g – ok. 85 kcal – 0,98 zł - dowód dostawy nr 4
2. Chałka 80g – 1,07 zł – ok 250 kcal - faktura nr 11
3. Ciastka różne 40g – ok. 180 kcal (przeciętnie, zależnie od typu) - 0,71 zł - faktura nr 14
4. Herbatniki 30g - ok. 135 kcal – 0,60 zł - faktura nr 9
5. Mandarynka – 1,30 zł – ok. 35 kcal - faktura nr 3
6. Kefir 1,5% tł 150g – ok. 75 kcal – 1,28 zł- dowód dostawy nr 4
7. Truskawki 100g – ok. 32 kcal – 1,06 zł - faktura nr 18
8. Jabłko 1 szt. (średnie 150 g) – ok. 85 kcal – 0,91 zł - faktura nr 2
9. Przecier owocowo-warzywny jabłko-malina-burak 120g – ok. 60 kcal - 1,40 zł - faktura nr 13
10. Drożdżówka z serem 80g – ok. 290 kcal – 2,10 zł - faktura nr 17
11. Sok jabłkowy 100% 0,2 l w kartoniku – ok. 90 kcal – 1,16 zł - faktura nr 5
12. Biszkopty b/ml 30g – ok. 120 kcal - 0,70 zł - faktura nr 14
13. kanapka z szynką i sałatą – ok. 250-300 kcal – 1,00 zł - faktura nr 4 , faktura nr 11, faktura nr 21
14. kanapka z twarożkiem z sałatą – ok. 220-260 kcal 0,80 zł - dowód dostawy nr 4, faktura nr 11, faktura nr 19
15. pomarańcza 1 szt – ok. 85 kcal – 2,00 zł - faktura nr 3
16. jogurt naturalny 100g – ok. 60 kcal – 0,99 zł - dowód dostawy nr 4
17. serek waniliowy 1 szt – 170 kcal – 1,78 zł - dowód dostawy nr 5
18. skyr naturalny – ok. 95 kcal – 2,63 zł - dowód dostawy nr 7
19. rogal maślany – ok. 280 kcal – 1,20 zł - faktura nr 11
20. sok pomidorowy 0,3 l – ok. 60 kcal – 1,86 zł - dowód dostawy nr 7
21. bułka maślana – ok. 250 kcal – 1,20 zł - faktura nr 17
22. banan – ok. 105 kcal – 1,6 zł - faktura nr 3

Odnosząc się natomiast do napojów dodatkowych koszt jednostkowy zakupu jednej butelki szklanej wynosi 8,81 zł netto. Z uwagi na ich zużycie, konieczne jest bieżące uzupełnianie braków – w związku z czym do ceny jednostkowej pozycji „napoje dodatkowe" Odwołujący dolicza 50% kosztu zakupu butelki, tj. ok. 4,00 zł netto.

Cena tej pozycji zawiera zatem:
• ok. 4,00 zł – koszt amortyzacji butelki szklanej,
• koszt wsadu surowcowego (napoju – np. soków naturalnych, kisieli, naparów),
• oraz pozostałe koszty operacyjne: robocizna, mycie, dezynfekcja, transport, media.

Przy realnym założeniu, że łączna cena tej pozycji nie może być niższa niż 6,50–7,00 zł netto, (…)

Tak sprecyzowana podstawa faktyczna obu głównych zarzutów sprowadza się zatem do stwierdzenia, jaką należało przyjąć minimalną wycenę z posiłki czy napoje, jednak przykładowe ceny produktów i załączone dokumenty księgowe co najwyżej wykazują, jakie założenia kalkulacyjne przyjął przy ustalaniu ceny swojej oferty Catermed. Podanie przykładowych cen nie sposób uznać za wykazanie, że obiektywnie rzecz biorąc produktów tych nie można nabyć za niższe ceny, zwłaszcza jeżeli zamawia się je w hurtowych ilościach. Założenia kalkulacyjne Odwołującego, nawet jeżeli uznać je za poparte dowodami, jako przedstawione na potrzeby sformułowania zarzutów przeciwko konkurentowi, który złożył ofertę z niższą ceną, nie udowadniają rażącego zaniżenia cen jednostkowych niektórych spośród dziewięciu pozycji przedmiotu zamówienia wyszczególnionych w formularzu oferty. O ile wykonawcy mogą mieć odmienne założenia kalkulacyjne, o tyle niczego istotnego nie wnosi podnoszenie, że w zakwestionowanych pozycjach oferta Only & One według założeń przyjętych przez Catermed zawiera stawki poniżej minimalnych kosztów wykonania w tym zakresie zamówienia. Co więcej, nie sposób stwierdzić, czy założenia te są jedynie słuszne, gdyż zgłoszone dowody nie polegają na przedstawieniu wyników rozeznania rynku dzięki np. wystosowaniu do reprezentatywnej liczby sprzedawców

hurtowych zapytań o najniższe ceny hurtowe tych produktów spożywczych. Jak trafnie zauważył Zamawiający, odnosząc się do przykładowych cen produktów z odwołania, budzą one wątpliwości również z tego względu, że odwołanie nie zawiera sposobu wyprowadzenia wskazywanych cen z załączonych faktur [por. drugi akapit na str. 11. odpowiedzi na odwołanie].

Co więcej, Zamawiający wykazał, że co najmniej w odniesieniu do niektórych produktów ceny wskazywane w odwołaniu są oczywiście zawyżone [pisownia oryginalna]: *Odwołujący wskazuje np. cenę jabłka jako 0,91 zł za jabłko o wadze 150g. Cena za kg owocu wyniosłaby w takiej sytuacji ok. 6,10 zł. Z faktur przedstawionych przez Odwołującego, wynika jednak, że za 1 kg jabłek płaci 4,10 zł (faktura DragonVit Michał Zych). Ponadto, wskazano cenę banana 1 szt. na 1,60 zł, co przy wskazaniu, iż jeden banan waży 180g (w skórce) to cena za 1 kg wynosi 8,88 zł, co jest ceną wyższą niż w przedstawionych fakturach (7,99 zł/kg). Jest to jednak cena wysoce zawyżona względem cen rynkowych, czego najlepszym przykładem może być oferta sprzedaży detalicznej z dowozem do domu w sklepach Biedronka czy Auchan, gdzie cena tego produktu za 1 kg wraz z dowozem wynosi 6,99 zł/kg. Analogiczna sytuacja dotyczy mandarynki, dla której w kalkulacjach Catemed przyjęto cenę 1,30 zł za porcję dostarczającą 36 kcal, co odpowiada około 80 g produktu. Oznacza to przeliczeniową cenę na poziomie 16,25 zł za 1 kg, podczas gdy w ofertach detalicznych sklepów z dowozem, takich jak Biedronka czy Auchan, cena ta wynosi 9,99 zł/kg.* (…) *Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący w sposób wybiórczy podszedł do prezentowanych faktów i jadłospisów, m.in. przedstawił wyliczenia dla porcji chałki 80g, ciastek 40g, czy rogala maślanego 85g (porcja dostarczająca 280 kcal) podczas gdy w jadłospisach realizowanych obecnie na rzecz Zamawiającego uwzględniane są gramatury dla chałki 50 g, ciastek 20 g, a rogala maślanego 50g. Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowego cennika na etapie postępowania i to do Wykonawców należy taka wycena produktów, która będzie optymalna z poziomu prowadzonego biznesu.*(…) [drugi i trzeci akapit na str. 11.-12. odpowiedzi na odwołanie oraz załączniki do niej nr: 15 – 4 oferty ze sklepów Biedronka i Auchan, 16 – przykładowe jadłospisy Catermedu z aktualnie realizowanej umowy].

Ponadto jak trafnie odniósł się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pisownia oryginalna ze str. 17.]: (…) *Jak wynika bowiem z samego odwołania skarżący dolicza do każdej ceny jednostkowej pozycji „napoje dodatkowe" 50 % kosztu zakupu butelki wielorazowego użytku. Przy takim założeniu należałoby uznać, że co do drugiego wydawanego napoju doliczana jest kwota w wysokości 4 złotych niezależnie od tego czy butelka wielorazowego użytku może być w dalszym ciągu wykorzystywana. Niezrozumiałe jest przedstawienie wyliczenia ceny dla napojów dodatkowych, które odwołujący wycenił na 8,71 zł i uwzględnienia ich amortyzacji na poziomie 4 złotych, co znaczyłoby przyjęcie założenia, że butelka wielorazowa wystarczy na 2-3 użycia. Stoi to w sprzeczności z dotychczasowymi doświadczeniami Zamawiającego.*

Zamawiający nie wymagał, aby napoje były wydawane w szklanych butelkach. W § 8 ust. 5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do Umowy wynika, że „Posiłki będą dostarczane w sterylnych, wielorazowych pojemnikach lub butelkach przeznaczonych do kontaktu z żywnością".

Z kolei jak dodał w tym kontekście Przystępujący w piśmie procesowym, załączając przy tym wspomniane dowody [pisownia oryginalna akapitu ze str. 3.-4.]: *Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że korzystanie z butelek szklanych znacznie podnosi cenę jednostkową napojów dodatkowych. Z tego też względu korzystniejszym rozwiązaniem jest wykorzystanie butelek PET, których cena dla pojemności 250 ml, zgodnie z ofertami pozyskanymi przez przystępującego wynosi 0,37 zł netto (dowód: informacja o cenach METRO-PLAST sp. j.). Stąd też przedstawione przez odwołującego koszty napojów dodatkowych uwzględniające koszty butelek szklanych (mimo braku takiego wymogu w warunkach zamówienia) zostały przez Odwołującego intencjonalnie znacznie zawyżone*

Tym bardziej za nieudowodniony należało uznać wyliczony w celu wykazania rażąco niskiej ceny oferty Only & One na 779.228,24 zł netto miesięczny koszt wykonywania tego zamówienia, gdyż polega to li tylko na tabelarycznym wyszczególnieniu kategorii kosztów, na czele z wynagrodzeniem personelu określonego mianem podstawowego (a poza tym kosztów: transportu, wsadu do kotła, szkoleń BHP i odzieży ochronnej, sprzętu, badań pracowników, odpadów, amortyzacji sprzętu i uzupełnienia zastawy stołowej, administracyjnych, pozostałych niezbędnych dla realizacji umowy oraz zastępstw urlopowych i chorobowych z enigmatycznym dopiskiem „14%"), odrębnym wyszczególnieniu sposobu wyliczenia kosztów transportu oraz listy sprzętu obejmującego 26 pozycji [por. 3 tabele na str. 9.-11. odwołania]. Przyjęte założenia, zarówno co do stanowisk i liczby etatów czy składowych kosztów transportu, jak i rodzaju i wysokości pozostałych kosztów pojawiają się w odwołaniu na zasadzie *deus ex machina*, gdyż w żaden sposób powiązane z postanowieniami szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy. Innymi słowy, nie została wykazania adekwatność tych założeń w kontekście warunków tego zamówienia, a dodatkowo podana w tabelach wysokość poszczególnych kategorii kosztów nie została w ogóle poparta dowodami (z wyjątkiem omówionych powyżej cen jednostkowych niektórych produktów spożywczych). Podkreślić należy, że uzupełnienie w tym zakresie braków merytorycznych odwołania (zresztą fragmentaryczne) przez podniesienie nowych faktów, w tym postanowień SWZ, dopiero w piśmie procesowym z 31 lipca 2025 r., czyli po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie mogło

być wzięte pod uwagę, przy czym nie ma znaczenia, czy iw jakim zakresie miały one być polemiką z argumentacją odpowiedzi na odwołanie. W konsekwencji załączone na potwierdzenie zupełnie nowych lub skonkretyzowanych w tym piśmie twierdzeń dowody również nie mogły mieć znaczenia dla sprawy, więc nie były przedmiotem analizy.

Ściśle rzecz biorąc, Odwołujący we wspomnianym piśmie procesowym (abstrahując od wskazania i zacytowania dopiero na tym etapie wybranych postanowień SWZ odnośnie niektórych stanowisk personelu wykonawcy), wniósł o przeprowadzenie dowodów z poniżej wskazanych dokumentów na potwierdzenie następująco sformułowanych tez: [pisownia oryginalna]:

a)Faktur wystawionych przez ICZMP w Łodzi na rzecz Catermed sp. z o. o. za dzierżawę pomieszczeń kuchni (6 sztuk)

b)Faktur wystawionych przez REMONDIS sp. z o.o. na rzecz Catermed sp. z o. o. dot. wywozu odpadów (6 sztuk)

c)Faktur wystawionych przez ICZMP w Łodzi na rzecz Catermed sp. z o. o. dot. rozliczenia mediów za dzierżawę kuchni wraz z zestawieniem kosztów mediów (7 sztuk)

d)Faktury wystawionej przez ICZMP w Łodzi na rzecz Catermed sp. z o. o. dot. dzierżawy kuchni mlecznej (1 sztuka)

e)Faktury VAT dot. produktów jednorazowych oraz środków czystości wystawione na rzecz Catermed sp. z o. o.

– wszystkich celem wykazania następujących faktów: wysokości pozostałych kosztów niezbędnych do realizacji umowy wskazanych w kalkulacji znajdującej się w odwołaniu (str. 9 odwołania), cena zaoferowana w ofercie Wykonawcy One & Only sp. z o. o. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie spełnia wymagań, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

f)Naliczenie opłat leasingowych dot. pojazdu IVECO DAILY o nr rej. EL1FX92 wystawione przez leasingodawcę na rzecz Catermed sp. z o. o. (7 sztuk),

g)Polisa korporacyjna dot. pojazdu IVECO DAILY o nr rej. EL1FX92,

h)Faktury serwisowe dot. kosztów eksploatacyjnych pojazdu IVECO DAILY o nr rej. EL1FX92 (6 sztuk),

i)Wydruki rozliczeń kosztów paliwa BP dot. pojazdu IVECO DAILY o nr rej. EL1FX92 (6 sztuk),

j)Naliczenie opłat leasingowych dot. pojazdu FIAT DUCATO o nr rej. NO469CH wystawione przez leasingodawcę na rzecz Catermed sp. z o. o. (7 sztuk),

k)Polisa korporacyjna dot. pojazdu FIAT DUCATO o nr rej. NO469CH,

l)Faktury serwisowe dot. kosztów eksploatacyjnych pojazdu FIAT DUCATO o nr rej. NO469CH (4 sztuki),

m)Wydruki rozliczeń kosztów paliwa BP dot. pojazdu FIAT DUCATO o nr rej. NO469CH

– wszystkie celem wykazania: wysokości kosztów transportu niezbędnych do realizacji umowy wskazanych w kalkulacji znajdującej się w odwołaniu (str. 9 odwołania), cena zaoferowana w ofercie Wykonawcy One & Only sp. z o. o. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie spełnia wymagań, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

n)Cennik Maszyn i urządzeń LOZAMET dot. sprzętu wymaganego do świadczenia usługi –

– celem wykazania następujących faktów: cen rynkowych sprzętu wymaganego do świadczenia usługi wskazanych w odwołaniu (str. 10 i 11 odwołania)

o)Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami dot. postępowania SZP.281.14.2025 w wyniku rozstrzygnięcia, którego zawarto umowę z Catermed sp. z o. o. z dnia 27 stycznia 2025 r. (zp 14)

– celem wykazania następujących faktów: różnego zakresu świadczonych usług przez Catermed sp. z o. o. na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym w dniu 27 stycznia 2025 r. oraz objętych niniejszym postępowaniem, a w szczególności, że w umowie bezpośrednio poprzedzającej niniejsze postępowanie nie było w zakresie usług dystrybucji posiłków do pacjenta.

Odnośnie dowodów wymienionych w lit. a)-m) mogą one co najwyżej dowodzić wysokości kosztów, jakie aktualnie ponosi Catermed, a nie minimalnej wysokości kosztów związanych z realizacją tego zamówienia. Przy czym wyłącznie w odniesieniu do dokumentów z lit. f)-m) możliwe jest ich powiązanie ze sposobem wyliczenia kosztów transportu na str. 10. odwołania. Nie wiadomo jednak, na jakiej podstawie w odwołaniu założono, że kuchnia, w której przygotowywane będą posiłki będzie w odległości akurat siedmiu km od ICZMP. Odmiennie przedstawia się sytuacja z dokumentami z lit. a)-e), które nie pozwalają na zweryfikowanie sposobu wyliczenia i przypisania kosztów ujętych zbiorczo w kategorii „Pozostałych kosztów niezbędnych do realizacji umowy (np. najem pomieszczeń, media: CO, woda, ściekli, pojemniki jednorazowe)" [patrz trzeci od dołu wiersz tabeli na str. 9. odwołania]. Na analogicznej zasadzie nic nie wnosi załączony pod lit. n) cennik jednego producenta maszyn, urządzeń i mebli ze stali nierdzewnej dla gastronomii, w sytuacji gdy nie wiadomo, jak powiązać jego kilkaset pozycji asortymentowych z dwudziestoma sześcioma pozycjami wyszczególnionymi w odwołaniu dotyczącymi produktów o innych oznaczeniach i innych producentów [por. tabela na str. 11. odwołania].

Z kolei dowód zgłoszony pod lit. o) dotyczy po części niespornej okoliczności, a przy tym nie zostało sprecyzowane, które konkretnie postanowienia Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do umowy w sprawie poprzedniego zamówienia, które realizuje na rzecz ICZMP Catermed, miałyby potwierdzać

zgłoszoną tezę. Tym niemniej Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad tym, że skoro zgodnie z ust. 2 lit. d) § 1. Zakres przedmiotu zamówienia i warunki ogólne usługa obejmuje dystrybucję przez wykonawcę do wszystkich klinik wyporcjowanych posiłków na podstawie zamówień składanych przez poszczególne jednostki szpitala, różnica sprowadza się co najwyżej do samego wydawania posiłków pacjentom, czemu nie zaprzeczał Zamawiający.

Jednakże Zamawiający przekonująco podważył adekwatność założenia w odwołaniu, niepopartego zresztą odwołaniem się do jakichkolwiek postanowień SWZ, że dystrybucja posiłków wymaga trzydziestu czterech pracowników (etatów), których łączny koszt zatrudnienia na pełny etat ma po kosztach tzw. wsadu do kotła największy udział w łącznej wysokości miesięcznych kosztów wykonywania tego zamówienia [por. tabela na str. 9. odwołania].

Duże wątpliwości budzi również kalkulacja innych pozycji przedstawionych przez Odwołującego w odwołaniu.

I tak przykładowo Zamawiający nie nakładał sztywnych założeń np. w zakresie dystrybucji posiłków, pozwalając tym samym na realizację zamówienia w tym zakresie według założeń przyjętych przez każdego z Wykonawców. Odwołujący w zakresie złożonej oferty sam koszt dystrybucji zakłada kwotę 190 388,78 zł, co wynika z założenia zatrudnienia 34 osób.

Należy wskazać, że dotychczas dystrybucją posiłków zajmowało się 9 pracowników szpitala, którzy robili to jako zadanie dodatkowe do realizowanych zadań głównych, a zatem w krótkim wymiarze czasu pracy. Nie można nie uwzględnić, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dystrybucja posiłków może odbywać się trzykrotnie w ciągu dnia w godzinach 8.00-8.30, 12.00-13.00 oraz 17.00-17.30. Zakładając dotychczasową praktykę Zamawiającego, należy przyjąć, że Odwołujący przeszacował w sposób zupełnie nieuzasadniony ten koszt co najmniej 2-3 krotnie. Należy także wskazać, iż z wyliczeń Odwołującego wynika, iż transport będzie odbywał się 4 samochodami po 6 razy dziennie, co sugeruje transport do każdego posiłki, a zgodnie z OPZ, możliwe jest łączenie posiłków w dystrybucji w związku z czym zdaniem Zamawiającego koszt ten również jest zawyżony dwukrotnie. (…)

Dodatkowo, pismem z dnia 6 czerwca 2025 r. w odpowiedzi na pytanie nr 20 dotyczące informacji czy Zamawiający przewiduje łączenie oddziałów w celu dystrybucji posiłków przez Wykonawcę, Zamawiający w odpowiedzi wskazał, że § 6 SOPZ szczegółowo określa wymagania dotyczące dystrybucji posiłków. Zamawiający dopuszcza łączenie oddziałów w celu dystrybucji posiłków o ile nie wpłynie to na realizację usługi żywienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego.

Także w zakresie pytania dotyczącego zmiany zapisu i wydłużenie czasu o 30 min przeznaczonego na wydawanie posiłku, ponieważ nie jest możliwe wydanie śniadania i kolacji w zaledwie 30 min, Zamawiający wskazał, że podtrzymuje zapisy SWZ jednakże dopuszcza możliwość zmian w harmonogramie i wytycznych dotyczących dostawy posiłków, po uzgodnieniach między stronami, jeśli okaże się to niezbędne z uwagi na prawidłowy przebieg realizacji usługi żywienia. Dowód: - pismo Zamawiającego z dnia 06.06.2025 r. odpowiedzi na pytania [pisownia oryginalna ze str. 12.-13. odpowiedzi na odwołanie].

Z kolei jak wywiódł równie przekonująco Przystępujący w piśmie procesowym, załączając przy tym wspomniane dowody [pisownia oryginalna ze str. 6.-7.]: *…Odwołujący zawyżył dość znacznie ilości pracowników skierowanych do realizacji zamówienia, wskazując na konieczność zapewnienia aż 57,50 etatów. W ocenie Przystępującego realizacja zamówienia nie wymaga aż tak wysokiego zaangażowania osobowego, w tym w szczególności, jeśli chodzi o osoby pracujące na kuchni oraz dystrybucję posiłków do pacjentów. Dla przykładu Przystępujący realizuje obecnie zlecenia na około 200 tys. posiłków przy zaangażowaniu 8 osób z kuchni produkcyjnej. Odwołujący wskazuje na konieczność zapewniania aż 34 etatów do dystrybucji posiłków, podczas gdy z doświadczenia Przystępującego wynika, że dla realizacji zamówienia w tym zakresie wystarczy 19 etatów. Podobnie zastępstwa urlopowe i chorobowe w kwocie 45.077,34 zł miesięcznie są zdaniem Przystępującego bardzo zawyżone.*

Ponieść także należy, że w kosztach przedstawionych przez Odwołującego wyszczególniona jest „kuchnia mleczna" i jej miesięczny koszt netto w wysokości 11.199,34 zł. Tymczasem ta pozycja w ogóle nie dotyczy przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, Odwołujący znacznie zawyżył koszty transportu, zawyżając zarówno niezbędną do realizacji zamówienia liczbę kierowców, jak i ilość kilometrów, jak również koszty leasingu samochodów, czy koszty ubezpieczenia. Koszty leasingu w przypadku Przystępującego nie przekraczają kwoty 5.000 zł (wg Odwołującego to kwota 10.000 zł), zaś koszty ubezpieczenia do kwota 600 zł miesięcznie (wg Odwołującego 2.000 zł miesięcznie).

Podobnie koszty paliwa zostały przez Odwołującego zawyżone. Odwołujący wskazuje na cenę 6 zł netto za litr paliwa, podczas gdy cena Przystępującego to kwota 5,95 zł brutto.

Także wskazane przez Odwołującego koszty sprzętu niezbędnego do świadczenia usług zostały zawyżone. Zgodnie z wyliczeniem odwołującego koszty te po zastosowaniu rabatów mają wynosić 388.629,45 zł netto, podczas gdy zgodnie z ofertą jaką otrzymał Przystępujący koszty te z zastosowaniem upustu wyniosą 130.152,75 zł netto {dowód: oferta cenowa Gastro Zdunek).

Podkreślenia w tym miejscu także wymaga, że pozostałe koszty niezbędne do realizacji umowy (np. najem pomieszczeń, media, CO, woda ścieki) są przez Przystępującego dzielone na wszystkie zlecenia, które są realizowane na kuchni centralnej. Z wyliczenia przedstawionego przez Odwołującego wynika, że mimo iż

Odwołujący obsługuje aktualnie także inne szpitale w Łodzi, ujął powyższe koszty w wysokości 41.117,25 zł miesięcznie jako koszty realizacji jednego zlecenia.

Wątpliwą wiarygodność twierdzeń Odwołującego najlepiej obrazuje obstawanie przez niego przy doliczaniu do kosztów realizacji tego zamówienia prowadzenia tzw. kuchni mlecznej. Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad tym, że poz. 8. formularza cenowego dotyczy co prawda posiłków dla niemowląt, ale zup jarzynowych, marchewki, homogenatów czy zup ketogennych. Nic innego nie wynika przy tym z zacytowanych, zresztą dopiero w piśmie przesłanym po zamknięciu rozprawy, postanowień § 1 ust. 2 lit. b) czy § 8 ust. 2 SOPZ, w których nie wspomina się o posiłkach mlecznych. Co więcej, Zamawiający wykazał, że od 8 lipca 2025 r. zadania związane z przygotowaniem oraz dystrybucją mieszanek mlecznych (gotowe mleka modyfikowane typu *ready to feed*, mleka modyfikowane początkowe i następcze, specjalistyczne preparaty mlekozastępcze, kleiki oraz kaszki zbożowe oraz inne dietetyczne środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego) dotychczas realizowane przez zewnętrzną firmę cateringową, zostały przejęte przez Pracownię Żywienia Niemowląt i Małych Dzieci Apteki Szpitalnej ICZMP, czyli przez wewnętrzną jednostkę organizacyjną [por. złożone na rozprawie pismo z 21 lipca 2025 r.].

Zamawiający udowodnił również, że ceny jednostkowe z oferty Catermedu, według których aktualnie realizuje umowę zawartą z Zamawiającym 27 stycznia 2025 r., a także ceny jednostkowe według aneksu z 2 lutego 2024 r. do poprzedniej umowy z 3 lutego 2021 r. są na analogicznym poziomie, jak ceny jednostkowe z oferty Only & One. Jednocześnie Catermed w aktualnej ofercie znacząco podwyższył ceny jednostkowe, po których realizował lub realizuje wspomniane umowy. W szczególności zestawienie tych cen jednostkowych za posiłki chronologicznie (tj. z aneksu z 2024 r., umowy z 2025 r., ofert Only & One i Catermedu w tym postępowaniu) przedstawia się następująco: śniadanie I – 8,49 zł, 10,48 zł, 10,50 zł i 15,13 zł, śniadanie II – 0,61 zł, 0,75 zł, 0,74 zł i 1,82 zł, obiad – 17,69 zł, 21,83 zł, 20,84 zł i 26,61 zł, podwieczorek (0,61 zł, 0,75 zł, 0,74 zł i 1,82 zł, kolacja I – 8,49 zł, 10,48 zł, 10,60 zł i 15,13 zł kolacja II – 1,37 zł, 1,69 zł, 1, 50 zł i 2,40 zł, dializy – 2,50 zł, 2,60 zł, 3,55 zł i 3,30 zł. Jak trafnie podsumował Zamawiający, Catermed w zakresie wszystkich pozycji złożonej przez siebie oferty wskazał na ceny minimum o połowę wyższe niż wynikające z umowy podpisanej w lutym 2025 r., podczas gdy w zakresie kwestionowanych posiłków zastosował podwyżkę od 70% do 140%. Podstaw faktyczne zarzutów odwołania jest zatem również z tego powodu niewiarygodna, gdyż Odwołujący nie twierdzi przecież, że realizuje umowę zawartą nieco ponad pół roku temu ze stratą [por. od ostatniego akapitu na str. 9. do pierwszego akapitu na str. 11., tabela na str. 13-14 odpowiedzi na odwołanie oraz dowody stanowiące załączniki do niej nr: 9 – formularz cenowy Catermed z 12.06.2025, 10 – formularz cenowy Catermed z 22.01.2025, 11 – umowa Catermed z 27.01.2025, 12 – umowa Catermed-JolMark z 03.02.2021, 13 – aneks nr 12 z 02.02.2024, 14 – 6 faktur wystawionych przez Catermed Zamawiającemu].

Niezależnie od powyższego w odniesieniu do kwestionowanych cen jednostkowych śniadania II, kolacji II, podwieczorku czy napojów dodatkowych, których rażące zaniżenie miałoby *de facto* uzasadniać wezwanie Only & One przez Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty, nie zostało wykazane, że stanowią one istotne części składowe tej ceny. Powołanie się na oczywistą okoliczność, że ceny jednostkowe posiłków będą podstawą rozliczeń za faktycznie wydaną liczbę posiłków (§7 ust. 2 wzoru umowy) nie jest wystarczające w sytuacji, gdy według formularza cenowego oferty Only & One łączna wartość kwestionowanych pozycji stanowi ok. 2,5 % ceny tej oferty [por. tabela osadzona na str. 4. odwołania].

Niesporne było, że jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, cena oferty One & Only jest o niespełna 6% niższa niż wartość zamówienia powiększona. Jednocześnie średnia arytmetyczna z dwóch złożonych w postępowaniu ofert wynosi 38.169.929,70 zł, wobec czego cena oferty One & Only jest od niej o nieco ponad 16% niższa. Z kolei oba zarzuty odwołania bazują na eksponowaniu różnic w wycenie wybranych pozycji formularza cenowego pomiędzy ofertą One & Only a założeniami Catermedu, przy jednoczesnym przejściu do porządku dziennego nad wartością szacunkową tego zamówienia. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż tym samym nie została zakwestionowane, ani ustalenie wartości tego zamówienia z należytą starannością przez Zamawiającego (jak tego wymaga art. 28 ustawy pzp), ani aktualność tego oszacowania na potrzeby badania, czy ceny złożonych ofert mogą wydawać się rażąco zaniżone. Niezależnie od powyższego, w sytuacji gdy Zamawiający na wniosek Catermedu przed otwarciem ofert podał wartość szacunkową, Odwołujący mógł i powinien ją zakwestionować do 20 czerwca 2025 r. [patrz wniosek z 4 czerwca 2025 r. i odpowiedź na niego z 10 czerwca 2025 r.].

Reasumując, nie zostało wykazane, ani że oferta One & Only jest niezgodna z warunkami tego zamówienia, ani że obiektywnie rzecz biorąc jej cena lub jej istotne części składowe powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do ich rażącego zaniżenia lub możliwości wykonania za te ceny tego zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które – według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp – należy rozumieć warunki dotyczące zamówienia

lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp"} zawierała analogiczne uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 popzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp. Przy czym ten ostatni przepis miał niemal identyczne brzmienie jak obecnie obowiązujący art. 223 ust. 1 pkt 3 pzp. Różnice sprowadzają się do nieistotnych w okolicznościach tej sprawy zmian terminologii, wynikających z uczynienia obecnie punktem odniesienia dokumentów zamówienia zamiast, jak poprzednio, samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia {w skrócie: „SIWZ"}, która z kolei obecnie nazywana jest specyfikacją warunków zamówienia {w skrócie: „SWZ"}. Innymi słowy, na potrzeby dalszego wywodu „SWZ" i „SIWZ" należy poczytać za synonimiczne określenia specyfikacji (istotnych) warunków zamówienia {inaczej w skrócie: „specyfikacji"} jako zasadniczego dokumentu zamówienia opracowywanego przez zamawiających na potrzeby prowadzonego postępowania.

Zarówno w obecnym, jak i poprzednim stanie prawnym co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której treść – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Stąd zamawiający powinien zweryfikować, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem proponowanych warunków umowy).

Aby zapewnić możliwość zweryfikowania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia, z jednej strony art. 20 ust. 1 pzp (art. 9 ust. 1 popzp) obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej, w tym art. 133 ust. 1 pzp nakazuje udostępnienie specyfikacji (art. 37 ust. 2 popzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, opis sposobu przygotowania oferty, sposób obliczenia ceny oferty, opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 134 ust. 1 pkt 4, 6, 14, 17, 18, 20; art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10, 12 13 i 16 popzp). Z drugiej strony art. 63 ust. 1 i 2 pzp zastrzega pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia formę elektroniczną (art. 10a ust. 5 popzp, przy czym w jeszcze dawniejszym stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a według art. 218 ust. 2 pzp treść takiej oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w art. 82 ust. 3 popzp mowa była o zgodności treści oferty z treścią specyfikacji).

W doktrynie i orzecznictwie przyjęło się stanowisko, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w specyfikacji wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy. W szczególności nie budzi wątpliwości, a nie jest bez znaczenia dla rozpoznawanej sprawy, że zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty np. przez wymaganie podania producenta, marki, typu modelu itp. oferowanego urządzenia. W takim przypadku należy uznać te informacje za stanowiące elementy treści umowy podmiotowo istotne (*accidentalia negotii*).

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. Przy czym o ile art. 223 ust. 1 pzp (87 ust. 1 popzp) uprawnia zamawiającego w toku badania i oceny ofert do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, o tyle zabrania prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz – z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz szczególnego trybu dialogu konkurencyjnego) – dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie z art. 223 ust. 2 pkt 1-3 pzp (art. 87 ust. 2 pkt 1-3 popzp) wynika nakaz poprawienia przez zamawiającego w ofercie zarówno oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, jak i innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli poprawienie tych nieoczywistych omyłek nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W konsekwencji nawet wystąpienie stanu

niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, gdyż odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Zakresem normy prawnej wynikającej z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp objęta jest również sytuacja, w której pomimo zadeklarowania przez wykonawcę w ofercie, że jej treść odnośnie przedmiotu świadczenia jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia, nie znajduje to potwierdzenia w zażądanych – na zasadzie art. 104 (etykiety), art. 105 (certyfikaty) lub art. 106 (inne dokumenty) ustawy pzp (przy czym ten ostatni art. jest odpowiednikiem regulacji zawartej w art. 25 ust. 2 pkt 2 popzp) – przez zamawiającego i składanych przez wykonawcę – co do zasady wraz z ofertą (o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 pzp) – przedmiotowych środkach dowodowych. Stąd zostały one zdefiniowane w art. 6 pkt 20 ustawy pzp jako środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W ustalonych powyżej okolicznościach dotyczących oferty Przystępującego w kontekście podnoszonego postanowienia SWZ nie została wypełniona hipoteza normy objętej art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w żaden z powyższych sposobów, więc zarzut naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego nie potwierdził się.

Art. 224 ust. 1 pzp w zdaniu wstępnym zawiera klauzulę generalną, że 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.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Ponieważ poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała od czasu nowelizacji ustawą z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie 28 lipca 2016 r., analogiczne uregulowania (z wyjątkiem omówionym poniżej), w przeważającej mierze zachował aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle i stosowania art. 90 ust. 1 i 1a popzp.

Relacja pomiędzy przepisami ust. 1 i 2 art. 224 ustawy pzp jest taka, że ten pierwszy zawiera normę nadrzędną, a drugi określa jedynie szczególne przypadki, w których wezwanie do wyjaśnienia ceny ma charakter obligatoryjny (w pkt 1) lub nieobligatoryjny (w pkt 2). W konsekwencji również inne okoliczności mogą obiektywnie wskazywać na to, że cena lub jej istotne części składowe powinny wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia i warunkami umowy lub wynikającymi z odrębnych przepisów (analogicznie jak w przypadku kosztu, co jednak nie ma zastosowania w niniejszej sprawie).

W kontekście wykładni przepisu art. 224 ust. 1 ustawy pzp zauważyć należy, że o ile *prima facie* brzmienie tego przepisu jest tożsame z art. 90 ust. 1 popzp, o tyle zmiana spójnika z „i” na „lub” powoduje, że konieczne jest wystąpienie tylko jednej z dwóch przesłanek o charakterze klauzul generalnych, aby zamawiający był zobligowany zażądać od wykonawcy wyjaśnienia ceny oferty. *De lege lata* wystarczy zatem, aby zamawiającemu cena lub jej istotna część składowa jawiły się jako rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albo aby wzbudziły jego wątpliwości co możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z odnośnymi wymaganiami. Natomiast nie jest wymagana kumulatywne wystąpienie tych przesłanek, jak to było w poprzednim stanie prawnym.

Jak wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 27 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 293/17, pierwszą z powyższych przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże takiego, z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia w danych realiach rynkowych, stąd nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie, bądź pozornie „nie wydawać się”. Z kolei według wykładni zaprezentowanej przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1277/20, jakkolwiek druga przesłanka odwołuje się do „wątpliwości zamawiającego”, istnieje możliwość skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia tego przepisu w sytuacji wykazania występowania obiektywnych okoliczności, które zamawiający winien wziąć pod uwagę i w konsekwencji wezwać danego wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu.

Jak powyżej ustalono, Odwołujący nie wykazał, że obiektywnie rzecz biorąc Zamawiającemu cena oferty Przystępującego lub jej istotna część składowa powinny wzbudzić wątpliwości co do ich rażącego zaniżenia w stosunku do przedmiotu tego zamówienia lub co do możliwości jego wykonania zgodnie z odnośnymi wymaganiami, na czele z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami umowy.

W konsekwencji niezasadności zarzutów naruszenia powyżej omówionych szczegółowych przepisów ustawy pzp nie mogło dojść do naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp – nakazującego przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także proporcjonalny – zwłaszcza w sytuacji, gdy zarzucane Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie tych zasad nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych (tzw. zarzut niesamoistny). Analogiczny charakter ma zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp, co zresztą wprost zostało potwierdzone w uzasadnieniu odwołania.

Ustalony powyżej zakres i sposób sformułowanie warstwy faktycznej zawartego w odwołaniu zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do wyjaśnień ceny oraz brak wykazania na tym etapie odpowiedniej inicjatywy dowodowej przez Odwołującego czyni uzasadnionym zwrócenie również uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

W kontekście powyżej omówionego przepisu należy interpretować art. 534 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 poprzednio obowiązującej ustawy pzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incubit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne

w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, wyszczególnionych w złożonym spisie kosztów, orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b, d Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążono nimi Odwołującego.

Izba nie uwzględniła jednak wniosku pełnomocnika Zamawiającego będącego radcą prawnym, który nie wskazał, że jest zatrudniony przez ICZMP na umowę o pracę, o zasądzenie kosztów dojazdu wyliczonych wg tzw. kilometrówki oraz kosztów parkingu, objętych fakturą wystawioną przez pełnomocnika Zamawiającemu. Izba podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie (Sądu Zamówień Publicznych) z 27 listopada 2024 r. sygn. akt XXIII Zs 153/24, że o ile co do zasady, iż podstawy prawne określone w § 5 ust.2 lit a i b rozporządzenia są samodzielne i pełnomocnikowi przysługuje zarówno wynagrodzenie w kwocie 3600 zł, jak i zwrot kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, o tyle nie zostało w tym przypadku wykazane poniesienie wnioskowanych kosztów dojazdu. W istocie Odwołujący powoływał się na wysokość stawki określonej w § 2 pkt 1 lit b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U nr 27, poz. 271). Odnośnie wykazywania wysokości kosztów przejazdu zawodowego pełnomocnika wypowiedział się Sąd Najwyższy w uchwale z 29 czerwca 2016 r. sygn. akt III CZP 26/16, gdzie wskazał, że kosztami przejazdu do sądu pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym – jeżeli ich poniesienie było niezbędne i celowe w rozumieniu art. 98 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego {„kpc"} – są koszty rzeczywiście poniesione. Sąd Okręgowy stwierdził, że podziela stanowisko wyrażone w tym orzeczeniu i uznaje, że ma zastosowanie również w postępowaniu z zakresu zamówień .publicznych. Zwrócił uwagę, że w uzasadnieniu w/w uchwały Sąd Najwyższy podniósł, iż nie może się powieść próba wykazania, że ustalenie kosztów przejazdu zawodowego pełnomocnika następuje na podstawie Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej w związku z przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Niezależnie od tego, że rozporządzenia te wprowadzają pewien automatyzm ustalania kosztów przejazdu, niejednokrotnie oderwany od kosztów poniesionych w rzeczywistości, należy pamiętać, iż dotyczą kosztów podróży osób mających status pracownika, w związku z odbyciem podróży służbowej na podstawie wystawionej przez pracodawcę tzw. delegacji, czyli polecenia wykonania zadań służbowych poza miejscowością, w której znajduje się siedziba pracodawcy lub poza stałym miejscem pracy. Rozporządzenie z 29 stycznia 2013 r. zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 77 Kodeksie pracy, a rozporządzenie z 25 marca 2002 r. na podstawie art. 34a ust. 2 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz.U. nr 125, poz. 1371 ze zm.), w związku z odesłaniem zawartym w § 4 ust. 4 rozporządzenia z 29 stycznia 2013 r. Obydwa rozporządzenia pozostają więc na obszarze prawa pracy i dotyczą wyłącznie stron stosunku pracy, a – co oczywiste – niedopuszczalne jest stosowanie bez wyraźnej podstawy prawnej przepisów dotyczących pracowników do osób niemających takiego statusu. Poza tym, w związku z unormowaniem zawartym w art. 85 ust. 1 oraz art. 88, 90 i 91 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U z 2024 r. poz. 959 ze zm.), stosowanie tych przepisów do radców prawnych i adwokatów prowadziłoby do ich uprzywilejowania w stosunku do innych uczestników postępowania, w tym także do stron. Koszty te powinny być wyszczególnione przez pełnomocnika w spisie kosztów (art. 109 § 1 kpc), który podlega kontroli sądu na podstawie art. 233 kpc. W konsekwencji jeżeli pełnomocnik nie przedstawił rachunku za zakup paliwa, nie wykazał rzeczywistych kosztów podróży.