

WYROK

z dnia 23 września 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2025 roku przez wykonawcę Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe

Spółka Akcyjna z siedzibą

w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa — Jednostka Wojskowa Nr 2305 z siedzibą w Warszawie

przy udziale Przystępującego zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego: wykonawcy Napród Catering

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Łodzi

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 528 zł 62 gr (słownie: pięciuset dwudziestu ośmiu złotych sześćdziesięciu dwóch groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem kosztów dojazdu.

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:

.....

KIO 3366/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa — Jednostka Wojskowa Nr 2305 z siedzibą

w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) na usługę żywienia zbiorowego w systemie zleconym w MSD Warszawa. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz.U. UE pod numerem 313357-2025.

Dnia 11 sierpnia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył podmiot Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe S.A z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego dnia 23 lipca 2025 r., kiedy zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu. Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności w postępowaniu, polegających na badaniu i ocenie ofert, ergo - odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu jednoczasowego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poinformowania o tym uczestników postępowania.

Powiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego zostało opublikowane w dniu 31 lipca 2025 r., zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości.

Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzuty naruszenia:

Część A:

1.art. 16 pkt 1 ustawy PZP, tj. prowadzenia postępowania w sposób, który narusza zasadę równości oraz utrudnia uczciwą konkurencję;

2.art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wadliwej wykładni i wadliwego zastosowania, tj. zaniechania jednoczasowego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i poinformowania o tym uczestników postępowania.

Część B:

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 6 oraz poprzez odrzucenie oferty Odwołującego albowiem złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, tj. że oferta ta zawiera rzekomo rażąco niską cenę;

4.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez wzgląd na okoliczność, że oferta Odwołującego, rzekomo złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Kumulatywnie stanowi to naruszenie, art. 5 kc, art. 58 S 1 i 2 kc. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Zamawiający zobowiązany jest w ocenie Odwołującego dokonać unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonać czynności ponownej oceny merytorycznej złożonych ofert.

W piśmie z dnia 31 lipca 2025r., w którym Zamawiający przekazał decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, jednoczasowo nie poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tym samym koniecznym w odwołaniu podniesiono zarzuty nie tylko co do własnej oferty ale także i samego postępowania, albowiem obarczone jest ono wadą wynikającą z wadliwej wykładni

i wadliwego zastosowania art. 253 ust. 1 ustawy PZP.

Działania Zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu oferty Odwołującego, sprzeczne z prawem odrzuceniu tej oferty oraz zaniechanie rozstrzygnięcia postępowania i poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o p zamówienie na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia Odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

A zarzut nr 1 i nr 2

Zarzut nr 1 jest wynikowy i pozostaje w bezpośrednim związku przyczynowo - skutkowym z zarzutami z grupy B. Nadto uzasadnienie naruszenia zasady równości oraz zasady obowiązku prowadzenia postępowania z poszanowaniem uczciwej konkurencji, Odwołujący przedstawił wraz z uzasadnieniem do zarzutów z grupy B.

B zarzut nr od 3 do 4

Odwołujący oświadczył, że zaprzecza wszelkim twierdzeniom i wnioskom, które napisał Zamawiający w stanowisku o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w sposób niezgodny z prawem dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z powołaniem na okoliczność, że rzekomo: „złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji”.

Twierdzenia te pozbawione są merytorycznego uzasadnienia. Wnioski do jakich dochodzi Zamawiający nie

wynikają z żadnych obiektywnych dowodów, żadne bowiem dowody nie zostały przez Zamawiającego ani pokazane ani nawet przywołane. Decyzja

o odrzuceniu oferty nie została oparta o udowodnione podstawy, ani nawet nie uprawdopodobniono, że użyte twierdzenia mają walor prawdy. Zamawiający kieruje się domysłami, poszlakami oraz spekulatywnymi wskazówkami, które wyciąga w sposób zupełnie swobodny i arbitralny. Jego wyobrażenia o ofercie Odwołującego uwiarygadnia on wyłącznie własnym wewnętrznym twierdzeniem na temat wcześniej istniejącego układu zdarzeń, a także kumulatywnie szuka oparcia w obserwacjach zachowań innych uczestników postępowania, które to zachowania traktuje jako właściwy wyznacznik swoich ocen.

Tego rodzaju postępowanie Zamawiającego w rażący sposób pozostaje w kolizji z ustawową zasadą poszanowania równości i uczciwej konkurencji. Zamawiający podaje bowiem, że wykonawca, został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych oferty mających wpływ na wysokość ceny i potwierdza, że takowe wyjaśnienia zostały złożone w terminie. Píše jednak dalej, że mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, Zamawiający uznał, że wyjaśnienia te nie sprostały ustawowym wymogom i że nie uzasadniają one podanej w ofercie ceny w istotnych jej częściach, opisanych jako Kc3, Kc4, Kc5, Kc6, Kc7, Kc8 i Kc9, które stanowią istotne części składowe w wyniku przypisania im przez Zamawiającego wag punktowych przy dokonywaniu oceny ofert.

W ocenie Odwołującego pojęcie „istotności” w/w części składowych zamówienia, Zamawiający wywodzi tylko i wyłącznie z faktu, że jak faktycznie napisał, te części składowe zamówienia od Kc3 do Kc9, w tym konkretnym postępowaniu, stanowią przedmiot oceny jako „podkryteria” kryterium cenowego z nadaną im konkretną ilością punktów jako składnik wagi kryterium cena. Zdaniem Odwołującego twierdzenie Zamawiającego o istotności tych części jest w całości błędne i fałszywe. Grupy Kc3, K4, Kc5, Kc6, Kc7, Kc8 i Kc9 mają de facto i de iure marginalne znaczenie. Ta marginalizacja ich znaczenia, jest tak daleka w praktyce, że gdyby Zamawiający dopuścił składanie tzw. ofert częściowych czy nawet gdyby podzielił przetarg na dwie części, pierwsza duża obejmująca obecnie Kc1 i Kc2, a druga mała część na obecne części od Kc3 do Kc9, to złożenie oferty na zakres od Kc3 do Kc9 jest totalnie nieopłacalne, czyli aby nie ponieść straty, np. Odwołujący odstąpiłby od złożenia oferty. Tylko sposób prowadzonej narracji przez Zamawiającego tworzy „legendę”, że grupy od Kc3 do Kc9, są istotnymi częściami zamówienia, bo rzeczywistość jest dalece odmienna i nakazuje użyć określenia przeciwnego, że są to nieistotne części zamówienia.

Zamawiający dalej podaje, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca zawarł swoją argumentację dotyczącą warunków ekonomicznych i dokonał tego w ujęciu całościowym, a nie co do poszczególnych istotnych części zamówienia.

Zamawiający w wezwaniu żądał od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych, tj. kwoty narzutu, które jako jedyne mogą stanowić podstawę obliczenia zysku Wykonawcy (wskazane w formularzu ofertowym w kolumnie 4, w wierszach od nr 3 do nr 9).

Zamawiający w tym wezwaniu dokonał dwóch rzeczy. Pierwsza to nic innego jak powtórzenie przepisu art. 244 ust. 3 ustawy PZP, który wprowadza stypizowane mierniki oceny (ogólny katalog), czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co zazwyczaj pojawia się w każdym tego typu wezwaniu, gdzie zamawiający ogranicza się do zacytowania jak w tym przypadku treści tego przepisu.

I druga rzecz, Zamawiający zażądał od wykonawcy wyjaśnień, na okoliczność kwoty narzutu dla części zamówienia, która rzekomo jako jedyna może stanowić podstawę obliczenia zysku wykonawcy (wskazanego w formularzu ofertowym w kolumnie 4, w wierszach od nr 3 do nr 9). Zamawiający napisał, że dla zobrazowania, dlaczego składowe części oferty wskazane w formularzu ofertowym w kolumnie 4, w wierszach od nr 3 do nr 9 wydają się rażąco niskie dla Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania, sporządził tabelaryczne zestawienie jak przedkładają się składowe wartości „złożone w danym z kryteriów w ofertach przez poszczególnych Wykonawców”. Innymi słowy, Zamawiający sporządził tabelaryczne zestawienie parametrów cenowych i zysku w ofertach wszystkich wykonawców. Zamawiający sporządził szablony, do której pospisywał dane z poszczególnych ofert. Poza samym sporządzeniem tabelki, do której pospisywano z poszczególnych ofert, Zamawiający nie dokonał analizy merytorycznej wprowadzonych danych.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego takiej pogłębionej analizy nie zawiera, jest tylko kilka oderwanych haseł, czyli z tej tabeli Zamawiający nie potrafił wyciągnąć żadnych logicznych wniosków. Nie potrafił uchwycić żadnych prawidłowości, zależności przyczynowo - skutkowych etc. Uchwycił jedną oczywistą prawidłowość, czyli dostrzegł, że każda oferta została sporządzona odmiennie, ale i tak nie napisał, że wie, czy domyśla się, dlaczego tak się stało i że te konkretne różnice potrafi wytłumaczyć czy dostrzec wewnętrzną logikę i np. zaprognozować progres, jak te różnice by wyglądały, gdyby np. pojawiły się kolejne części zamówienia etc.

Zatem z faktu sporządzenia tabeli nic nie wynika, poza tym, że każdy z wykonawców sporządził swoją ofertę inaczej, bo Zamawiający nie ingerował w sposób sporządzenia oferty, nie „nałożył kagańca” na wykonawców i nie wprowadził sztywnego algorytmu, czy wzoru ustalania cen ofertowych. To wykonawcy mieli samodzielne prawo ustalania cen i wszyscy

z tego prawa na swój sposób skorzystali. Sposób skorzystania z tego prawa także był autonomiczny, co widać po złożonych ofertach. Każda oferta jest de facto inna, a to, że konkretny wykonawca w taki a nie inny sposób sporządził ofertę, odmiennie od pozostałych, nie może być dowodem, że akurat ten konkretny sposób wyceny jest właściwy, bo z niczego to nie wynika. Przynajmniej Zamawiający tych reguł oceny nie narzucił.

Dlatego prawo jednego wykonawcy do sporządzenia oferty na swój sposób, nie odbiera tego samego prawa innemu wykonawcy, bo każdy miał pełną wolność nie limitowaną przez Zamawiającego z góry określonymi zasadami, wyliczenia konkretnej ceny w zakresie ewentualnej marży (kryterium cenowego). Wykonawcy mieli swobodę kreowania nie tylko ewentualnej marży, ale także ewentualnych zysków i ciężarów.

Sporządzenie tabeli stanowiło prostą konsekwencję faktu, że Zamawiający zmieniał w tym konkretnym przypadku sposób oceny ofert, w stosunku do przetargu z 2023 r., czy także poprzedniego przetargu na to samo, unieważnionego w 2025 r.

Właśnie dlatego, że w swojej tabelce Zamawiający zobaczył odmiennie sposoby sporządzenia oferty przez wykonawców, a więc uznał, że jedne sposoby budzą jego większe zaufanie, a inne mniejsze, nie wyjaśniono. Ta tabela, nie poparta merytorycznym zapleczem, doprowadziła do spekulatywnych wniosków, których ofiarą stał się Odwołujący.

To narzucony sposób oceny ofert przez Zamawiającego w SWZ jest wytyczną dla wykonawcy jak należy sporządzić ofertę i wyliczyć jej cenę. Dlatego sposoby sporządzenia oferty w przetargach opartych o odmiennie założenia, na podstawie innych kryteriów oceny ofert, nie mogą być dowodem w sprawie służącym eliminacji oferty, twierdząc, że jej treść powinna być inna.

Zamawiający po raz pierwszy w tym konkretnym przetargu, narzucił zupełnie odmienną formułę przetargu w zakresie kryteriów oceny ofert i samego sposobu oceny ofert, dlatego dotychczasowe założenia z poprzednich przetargów i dotychczas stosowaną „siatkę pojęciową” nałożył na ten nowy mechanizm, który kumulatywnie połączył z odebraniem wykonawcom prawa do odmiennego sposobu sporządzania oferty, który przecież powinien być zgodny i wprost proporcjonalny do nowo sformułowanych zasad przez Zamawiającego.

Odwołujący odwołaniem wnosi sprzeciw, nie tylko co do samej czynności odrzucenia jego oferty i jej normatywnych podstaw, ale także przeciw zasadzie, którą ukształtował Zamawiający a mającej od początku do końca charakter contra legem, a z tej przyczyny konsekwencje tych czynności dokonanych w stanie contra legem, czerpią walor nieważności

i bezskuteczności, co winno stanowić przesłankę uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwolujący powtórzył, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego napisał, że wykonawca na etapie składania wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny dokonał tego w ujęciu całościowym, a nie co do poszczególnych części. Zamawiający w ten sposób odebrał wykonawcom prawo do samodzielnego wg własnego pomysłu sposobu sporządzenia wyjaśnień na okoliczność wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Skoro jednak części zamówienia od Kc3 do Kc9 dotyczą tego samego, to argumentacja znajduje się w części wspólnej zbiorów od Kc3 do Kc9 i wynika to z okoliczności obiektywnych, a nie subiektywnych. Te same zakresy tematyczne, dotyczące de facto tego samego. Kwestia stopnia ewentualnej odmienności od wspólnego wzorca, nie może usprawiedliwiać, że Zamawiający „po całości”, co do zasady uznał, że wyjaśnienia Odwołującego należy odrzucić. Ponadto wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień na okoliczność rzekomo rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego — wprost nie nakłada obowiązku złożenia wyjaśnień w rozbiu na poszczególne części od Kc3 do Kc9.

Z wezwania nie wynika, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień w rozbiu na poszczególne części, czy też zabronił argumentacji wspólnej dla poszczególnych części. Zamawiający dopiero w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty stwierdził, że życzył sobie rzekomo taki a nie inny sposób sporządzenia wyjaśnień. Tym samym zmienił on zasady, które powinien ewentualnie wprowadzić w piśmie zobowiązującym do złożenia wyjaśnień czyli na początku czynności.

Jeżeli zaś wezwanie przez zamawiającego, do złożenia wyjaśnień na okoliczność „rażąco niskiej ceny”, ma ogólny charakter, nakierowany na zacytowanie dyspozycji przepisu art. 224 ustawy PZP., to wywołuje to dla zamawiającego, a nie dla wykonawcy daleko idące konsekwencje. Zamawiający nie może podczas oceny składanych wyjaśnień, wychodzić ponad osnovę tego co zawarł w swoim wezwaniu i przerzucać na wykonawcę braku skonkretyzowania tego co rzekomo oczekiwał, by przeczytał w tych wyjaśnieniach. Za prawdziwością tego poglądu przemawiają tezy wyroków KIO: wyrok KIO 3149/24; wyrok KIO 3536/23.

Odwolujący oświadczył, że integralną, niepodzielną częścią tego odwołania czyni wyjaśnienia jakie złożył do Zamawiającego, dotyczące tego, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to zarówno wyjaśnienia sporządzone w części jawnej, jak i te które znajdują się w części niejawnej z konieczności ochrony informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Na zasadzie konsekwencji integralną częścią odwołania, Odwołujący czyni także uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy.

Zobowiązanie wykonawcy, aby za każdym razem przedstawił zupełnie odmienne wyjaśnienia na okoliczność rażąco niskiej ceny do każdej części zamówienia, może być nawet potraktowane jako zobowiązanie do świadczenia niemożliwego i jako takie byłoby nieskuteczne. Częstokroć bowiem jak pokazuje doświadczenie życiowe, niemożliwe jest dokładne wycieszenie jak „na to konkretne zamówienie” wpływają poszczególne czynniki, których charakter nie jest stricte spersonalizowany (indywidualizowany), a przeciwnie jest niepodzielny na konkretny kontrakt. Dlatego bezprzedmiotowym w takich przypadkach jest obciążanie negatywnymi skutkami prawnymi wykonawcy, który taki całościowy sposób wyjaśnień zastosował w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty pisze, że nietrafione są argumenty Odwołującego, które dla obalenia zarzutu rażąco niskiej ceny powołują się na wiedzę i doświadczenie przy realizacji dokładnego rodzaju zamówień (np. u tego samego zamawiającego, w analogicznym wcześniejszym okresie), co pozwoliło zoptymalizować kosztowo tę ofertę, gdyż Odwołujący ma pełną wiedzę, jak w najdrobniejszych szczegółach wygląda sposób realizacji tego zamówienia, pozwala to oszacować nakład pracy, zoptymalizować sposób świadczenia usługi, a w konsekwencji zastosować proporcjonalny do tego sposób wyceny oferty.

Na zasadzie związku przyczynowo- skutkowego Odwołujący miał pełną świadomość procentowego udziału kosztów pracochłonności przy realizacji zamówienia a w konsekwencji dostosował do tego swoją indywidualną kalkulację. Zamawiający natomiast do kwestionuje, twierdząc, że ta wiedza będąca w połączeniu z nowym narzuconym przez niego sposobem oceny ofert (wymuszającym dostosowany do tego nowy sposób kalkulacji ofert przez wykonawców), to nic innego jak czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zastosowaniu inżynierii finansowej przez Odwołującego.

Dla odmiany jednak przy odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający posługuje się argumentem na temat historii wcześniejszych przetargów i historii ofert składanych przez Odwołującego, ale zapomniał, że ofert składanych w całościowej odmiennej rzeczywistości, którą sam Zamawiający zmienił.

Zamawiający stawia zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, z góry zakładając, że Odwołujący jest nieuczciwy, bo jego oferta powinna wyglądać zawsze tak samo, bez względu na całkowitą zmianę otoczenia w której ona powstaje. Zamawiający pisze: „w zależności od procentowego udziału pracochłonności, który wykonawca określił samodzielnie w sposób nieuprawniony zaburzając relacje przypisane im w dokumentach zamówienia sztuczne zaniżanie cen przez wykonawcę jest nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej wobec innych przedsiębiorców i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji”

Twierdzenia Zamawiającego są nakierowane na odrzucenie oferty Odwołującego, za wszelką cenę, bez pogłębionej refleksji, oparte o pozory. Zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w których występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”. Niemniej szerokie „uznanie zamawiającego” nie może mieć charakteru quasi uznania swobodnego, arbitralnego.

W piśmie o motywach odrzucenia oferty, Zamawiający stawia tezę, że standardy wykonania zamówienia są takie same dla wszystkich wykonawców i złożone wyjaśnienia przez Odwołującego bezspornie wskazują, że rzekomo nie stanowią one wycień ekonomicznych odnoszących się do ich wykonania, a jedynie stanowią manipulacje cenami, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający zapomniał jednak udowodnić to bezpodstawnie rzucone oskarżenie. Posłużył się jedynie tabelą, do której przepisał z ofert, ceny jednostkowe poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty. Z tabeli zaś wynika, że każdy wykonawca stosuje swój autorski sposób wyceny oferty w poszczególnych częściach i zakresach i absolutnie tych ofert nie sposób sprowadzić do jednego wspólnego mianownika w znaczeniu jednego uniwersalnego, zobiektywizowanego algorytmu wycieszenia ceny.

Każda oferta jest inna i to w radykalny sposób, co powinno raczej doprowadzić do ostrożnego formułowania wniosków, tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, bo składowe części zamówienia będą wykonywane poniżej kosztów ich świadczenia. Zamawiający podał także, że jego zdaniem „zakres usług nie przystaje do wysokości ceny wskazanej w treści oferty, oferta Odwołującego jest oderwana od rzeczywistych kosztów stanowiących przedmiot zamówienia i jest odmienna od warunków rynkowych, a kalkulacja wyceny powoduje naruszenie interesów przedsiębiorców, którzy swoje usługi wyceniają rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną w sposób literalnie brzmiący w dokumentach prowadzonego postępowania”.

Są to w ocenie Odwołującego nieudowodnione tezy. Zważyć bowiem należy, że analiza tabeli, która przedstawia zestawienie narzutu w ofertach poszczególnych wykonawców składających oferty w odniesieniu do poszczególnych kryteriów, które podlegały ocenie, pozwala przyjąć następujące konstatacje. Ogłoszenie o postępowaniu (z wagami punktowymi poszczególnych kryteriów i podkryteriów oceny ofert) zostało sformułowane w specyficzny sposób, ponieważ nie premiowało ono jednoznacznie oferty najtańszej. Zamawiający dokonał wyróżnienia tak dużej liczby podkryteriów, którym w sposób całkowicie arbitralny przyznał różne wagi punktowe, albowiem 55% punktów przyznano pozycjom, gdzie ilość usług (bez prawa opcji) wynosiła 22 050. Tylko 45% punktów przyznano pozycjom, które opiewały na 249 000 usług (bez prawa opcji). Zamawiający premiuje zatem w sposób nieproporcjonalny usługi, które mają charakter całkowicie uboczny, względem części Kc1 i Kc2. Uboczność tych części zamówienia nieuchronnie prowadzi do konstatacji, że nie stanowią one zasadniczego rdzenia zamówienia, a więc nie są one najbardziej czasochłonnymi i kosztochłonnymi aspektami

z perspektywy Odwołującego. Odwołujący wykonując część podstawową zamówienia, jak gdyby „przy okazji” będzie w stanie wykonać usługi wyróżnione w ramach podkryteriów Kc3 do Kc9, a to z racji, że jest on nieustannie przygotowany do ich wykonania, zarówno materiałowo, jak i lokalowo i osobowo. W ten sposób dochodzi się do wniosku, inaczej wycenić trzeba np. pracę kucharza, gdy musi ugotować kilka tysięcy posiłków w ramach części podstawowej, a inaczej, gdy musi on ugotować kilka dodatkowych posiłków w ramach pozostałej części zamówienia.

Zasady logiki i doświadczenia życiowego nasuwają to, że nieproporcjonalnie mniejszy wysiłek trzeba włożyć w tą uzupełniającą część zamówienia,

a więc i racjonalnym jest, by Wykonawca w tym zakresie przewidywał niższy narzut.

W ramach przywołanej tabeli brak jest swego rodzaju ciągu logicznego, dla którego Zamawiający przytoczył dane przy formułowaniu zarzutu rażąco niskiej ceny.

Gdyby analizować dane horyzontalnie, tj. po kolei na kryteria Kc1, Kc2, Kc3 i tak dalej, to trudno jest dojść do jakichkolwiek wniosków. Nie ma choćby jednego rzędu tabeli, w którym wyceny byłyby przeprowadzone w sposób do siebie zbliżony, niezależnie od tego, którą z ofert uczestników postępowania byśmy analizowali. Uwidacznia się zatem brak celowości

i proporcjonalności w rozdzielaniu podkryteriów przez Zamawiającego, dlatego też takie rozbieżności w każdym z podkryteriów uniemożliwiły porównanie ofert.

Warto przeanalizować tabelę jeszcze w sposób wertykalny, tj. analizując jak każdy z wykonawców wyceniał poszczególne części zamówienia. Jak już wspomniano, podkryteria rozpisano w ten sposób, że nie premiowały oferty najtańszej, przeciwnie, oferent przedstawiający droższą ofertę mógł uzyskać wyższą ilość punktów, co wynika z arbitralnego przyznania wag punktowych poszczególnym podkryteriom. I w ten sposób można prześledzić „strategie” z jakimi poszczególni wykonawcy starali się uzyskać jak największą ilość punktów.

Oferta Naprzód — zrównoważone rozłożenie narzutu na większość podkryteriów, w konsekwencji najtańsi w podkryterium Kc2. W pozostałych podkryteriach różnice między ofertami innych wykonawców sięgały 100%, a nawet i 300% (podkryterium Kc3, w odniesieniu do oferty Dussmann oraz podkryterium Kc9 w odniesieniu do oferty Bracia Pietrzak).

Dalej, oferta Bracia Pietrzak. Niezrównoważone rozłożenie narzutu w poszczególnych podkryteriach, w konsekwencji najtańsi w podkryterium Kc1, ale np. niemal 300% drożsi od drugiego najdroższego konkurenta w podkryterium Kc9. Ponownie widać również dalekie rozstrzały z ofertami innych wykonawców i brak jakiegokolwiek metodyki wyceniania poszczególnych podkryteriów pośród wszystkich oferentów, a szczególnie widać to w odstających narzutach w podkryteriach Kc4, Kc5, Kc7, Kc8 i Kc9, a więc w większości podkryteriów.

Następnie oferta Dussmann. Zauważyć można zawyżenie cen w podkryteriach od Kc3 do Kc7, jak gdyby porzucano szansę na uzyskanie punktów w ramach tych podkryteriów, ale w sposób ewidentny próbowano uzyskać punkty przede wszystkim w ramach kryteriów Kc1

i Kc2, ponieważ narzut na tych pozycjach był znacznie niższy niż w ramach pozycji ubocznych do podstawowej części zamówienia, tj. w kryteriach Kc3, Kc4, Kc5 i Kc7. Podobnie widać próbę uzyskania dodatkowej liczby punktów w ramach podkryteriów Kc8 i Kc9. Tam narzut jest o połowę niższy niż w ofercie Braci Pietrzak w kryterium Kc8 i prawie 3x niższy w ramach kryterium Kc9.

Cała ta analiza udowadnia, że każdy z uczestników postępowania, starał się dokonać wyceny poszczególnych części zamówienia w taki sposób, by strategicznie uzyskać największą ilość punktów przez odpowiednie sformułowanie własnej oferty. Z jednej strony próbowano zaniżyć narzut w jednych podkryteriach, by pokonać przeciwników, z drugiej zawyżano w innych podkryteriach, porzucając szansę na uzyskanie punktów, ale z nadzieją na uzyskanie wymiernego zysku w razie wybrania oferty.

Taka konstrukcja ofert wynika z jednej strony z narzuconego przez Zamawiającego sposobu rozpisania kryteriów i podkryteriów oceny ofert, który sztucznie rozróżnił podkryteria względem postępowań z lat ubiegłych, wymuszając na uczestnikach postępowania, strategicznie podejście do tematu i próbę ułożenia oferty z jednej strony konkurencyjnej, która ma szansę na wygraną, a z drugiej racjonalnej biznesowo, tak by potencjalna umowa, w całokształcie była dla wykonawcy umową gwarantująca godziwy zysk.

Z drugiej jednak strony, kwestią o szczególnie istotnej wadze jest to, że pozostali uczestnicy postępowania, poza Odwołującym, nie znają specyfiki wykonywania tego konkretnego zamówienia, ponieważ nigdy z nimi nie zawarto umowy na usługi, będące przedmiotem zamówienia. To odróżnia ich oferty od oferty Odwołującego, albowiem nie jest czynem nieuczciwej konkurencji wykorzystanie wiedzy pozyskanej w ramach zdobytego doświadczenia w toku realizacji wcześniejszych zamówień. Know-how Odwołującego rozciąga się tutaj poza same technologiczne i techniczne aspekty, a więc pozwala mu na konkurencyjne skonstruowanie oferty, której metodologia jest proporcjonalna do zasad narzuconych wprost przez samego Zamawiającego, co zostało przez Odwołującego szeroko wytłumaczone w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie Zamawiającego, którym bez przyczyn nie dano wiary.

Odwołujący (bazując na złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach) oświadczył, że:

1. Służebny charakter punktów pozycji od Kc3 do Kc9

Rażąco niska cena, co wynika z orzecznictwa, musi być zaniżona tak radykalnie, by wypaczać ocenę przedmiotu zamówienia jako całości i musi być jednocześnie oderwana od rzeczywistej wartości kosztów zmiennych wykonywanej usługi.

W dużej mierze za koszty zmienne można przyjąć tutaj właśnie te pozycje od Kc3 do Kc9, ze względu na fakt jak marginalną część zamówienia one stanowią. Gdyby podsumować szacowaną ilość usług (bez prawa opcji), to pozycje od Kc3 do Kc9 składają się na 22 050 usług, czyli mniej niż chociażby sama pozycja nr 2.

Gdyby zamówienie podzielono na 2 odrębne postępowania — jedno obejmujące pozycje Kc 1 i Kc2, drugie od Kc 3 do Kc9, Odwołujący nigdy nie przystąpiłby do złożenia oferty na to drugie, gdyż jego skala w odniesieniu do całości zamówienia jest na tyle mała, że nie miałoby ekonomicznego sensu dla przedsiębiorstwa, by wykonywać zadania realnie służebne, dla pozycji stanowiących rdzeń całej usługi cateringowej, a który zawiera się w pozycjach Kc1 i Kc2.

Przy kalkulacji poszczególnych części i zakresów zamówienia, w szczególności właśnie ważne jest to, że Odwołujący ma pełną wiedzę, którą potrafi przekuć na proporcjonalne do tego sporządzenie oferty cenowej w danej części i zakresie zamówienia.

Odwołujący:

1.w najdrobniejszych szczegółach wie jak to zamówienie trzeba wykonać, ma wyrobione know-how w tym zakresie;

2.nie musi ponosić dodatkowych inwestycji i nakładów, mając pełną całą bazę technologiczną i lokalową, by zamówienie od razu wykonać;

3.uwiarogodnił to, przedkładając dowody na okoliczność, tj. dane finansowe co do wynagrodzeń, mediów, pozostałych kosztów.

Ponadto poszczególne części i zakresy zamówienia są bardzo podobne do siebie, bywa, że — to, że jedna pozycja z części od Kc3 do Kc 9 w praktyce, różni się od drugiej dodaniem dodatkowego pudełka gotowego jogurtu itp. Nie ma więc sensu argument o rażąco niskiej cenie w zakresie, w jakim dotyczy to nieracjonalności dokonanej wyceny i oderwania jej od realiów rynkowych.

2. Rażąco niska cena a czyn nieuczciwej konkurencji

W literaturze „manipulacja cenowa” zwykle rozumiana jest jako przerzucanie kosztów między poszczególnymi elementami oferty. Chodzi o sytuację, gdy część cen jest ustalona symbolicznie nisko, a inne ceny zawyża się, by bilans punktowy wyszedł korzystnie, ale samo przerzucanie kosztów to jednak tylko opis zjawiska, a nie automatyczna kwalifikacja do wykroczenia — podobnie jak w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wymagana jest intencja, tj. czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniany świadomie i nosić znamiona winy umyślnej — celowo doprowadzić do pokrzywdzenia kontrahenta i innych uczestników obrotu gospodarczego. KIO podkreśla, że istotą manipulacji jest uzyskanie punktowej przewagi kosztem uczciwej konkurencji (wyrok KIO 3113/20).

Jeśli jednak nie udowodni się celowego planu „wykorzystania bilansu kryteriów” ze szkodą dla innych (a brak jest w sprawie jakichkolwiek dowodów świadomości działania w złej wierze, nie wykazał tego Zamawiający w treści odrzucenia

oferty, szczególnie w obliczu złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień), trudno mówić o wypełnieniu znamion deliktu.

W tej sprawie różnice cenowe mają uzasadnienie organizacyjne (elementy dodatkowe są dostarczane okazjonalnie przy tych samych zasobach produkcyjnych) i żadna inna firma nie zastosowała identycznego algorytmu wyceny oferty. Bez wykazania świadomego zaniżenia cen w celu sztucznego obniżenia punktacji innych wykonawców — czyli spełnienia wyjaśnionych przesłanek — nie można zakwalifikować tych różnic jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Analiza ilości posiłków w częściach od Kc 3 do Kc9 na tle całości zamówienia, posiada charakter incydentalny, posiłki te nie będą stale realizowane u boku tych masowych pozycji Kc1 i Kc2. Większość kosztów zatem, tj. pracy, zastawy stołowej, mediów, amortyzacji sprzętu, środków czystości, nie może być liczona w oderwaniu od nakładów, jakie przedsiębiorstwo musi ponieść w związku z wykonywaniem podstawowej części zamówienia, albowiem w rzeczywistości, koszty te w najwyższym stopniu są właśnie tam ponoszone i jest to okoliczność obiektywna, nie stanowiąca manipulacji kosztami, ale stanowiąca odzwierciedlenie realnego życia, prawdziwego obrazu jak to zamówienie wygląda w praktyce i jest realizowane dzień po dniu.

Zamawiający zastosował tutaj jak gdyby domniemanie złej wiary, nie przyjął do świadomości racjonalnego wyjaśnienia, wskazującego na powtarzalność czynności, udział tego samego personelu przy każdym przedsięwzięciu, brak konieczności ponoszenia inwestycji itd.

W zakresie przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dopuszcza kwalifikację czynu nieulegającego w katalogu szczegółowych czynów (art. 5—17d) jako deliktu na podstawie ogólnej normy art. 3 ust. 1 w/w ustawy. Aby jednak zarzut czynu nieuczciwej konkurencji zasługiwał na uwzględnienie, musiałyby być wykazane zarówno naruszenie dobrych obyczajów, jak i realne zagrożenie interesu zamawiającego lub konkurentów.

Tu brak jest dowodów na realne naruszenie interesu Zamawiającego, czy innych wykonawców, wszyscy rywalizowali przy zastosowaniu odmiennych strategii wyceny, a oferta Odwołującego nie uniemożliwiła ani nie utrudniła postępowania.

3. Umyślność i świadomość czynu nieuczciwej konkurencji

Art. 3 ust. 1 UZNK wymaga, by czyn nieuczciwej konkurencji był popełniony „sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami” oraz by zagrażał interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Orzecznictwo KIO wskazuje ponadto, że winę należy wykazać jako umyślną, co oznacza świadomość niedozwolonego charakteru działania.

W analizowanej sprawie, wykonawca zredukował marżę na pozycjach od Kc3 do Kc9 nie w celu osiągnięcia nieuprawnionej korzyści ekonomicznej, lecz wyłącznie dla wyrównania wpływu wag w ocenie, przy założeniu rzeczywistych kosztów w pozycjach od Kc1 do Kc2. Brak dowodów na to, by wykonawca dążył do wypaczenia oceny kryteriów lub ograniczenia konkurencji; celem było wyłącznie odzwierciedlenie proporcji wag, a nie uzyskanie nieuczciwej przewagi. Zamawiający, na zasadzie „automatyzmu” przechodzi do domniemania złej wiary, albowiem z góry przyjęto, bez dowodu, że celem Odwołującego było rzekome osiągnięcie nieuczciwej przewagi.

Ważne jest tu zwrócenie uwagi na proporcjonalność oceny oferty. Odwołujący wychodzi z założenia, że trzeba ją ściągnąć całościowo, części od Kc3 do Kc9 nie mają sensu bez części Kc1 i Kc2. W związku z tym celowość i proporcjonalność wag przyjętych przez Zamawiającego też powinna zostać zachowana — Kc1 i Kc2 stanowi 45% wagi punktowej kryterium ceny, a Kc3 do Kc9 stanowią „wszystkie razem” łącznie 55% wagi punktowej kryterium ceny. Widać zatem gdzie Zamawiający położył nacisk. Skoro tak to skonstruowano, a Odwołujący racjonalnie uzasadnił niską wycenę części od Kc3 do Kc9, wskazując na ich marginalny charakter względem Kc1 i Kc2, to teraz Zamawiający powinien uszanować ustalone zasady, które sam narzucił poprzez zmianę ideologii oceny ofert w stosunku do wcześniejszych przetargów. Stusznosc czynnościom Zamawiającego można by przypisać tylko wtedy gdyby nadal znajdował się on w poprzedniej rzeczywistości (tak wyrok KIO 123/17).

4. Nieprawidłowe rozbitcie kryteriów przez zamawiającego

W sprawie KIO 1123/17 Izba zakwestionowała mechanizm dzielenia kryterium ceny na wiele podkryteriów, gdy konkurencji posługują się różnymi strategiami wyceny, co uniemożliwia obiektywną ocenę. Wniosek jaki z tego wynika, jest taki, że ocena pozycji od Kc3 do Kc9 nie może skutkować odrzuceniem całości oferty jako rażąco niskiej, skoro każdy podmiot stosował własne, heterogeniczne podejście do wyceny tych pozycji. W tabelę, sporządzoną przez Zamawiającego widać brak jakiegokolwiek reguły w wycenianiu. Czynienie jakiegokolwiek zarzutu inżynierii finansowej też nie ma sensu wobec Odwołującego, bo wystarczy chociażby jako dowód na tę okoliczność szybko przeanalizować np. ofertę NAPRZÓD. Widać, że wykonawca ten usiłuje uzyskać jak najwięcej punktów — wycenił bowiem wolumenowo największe pozycje (kolejno 225 000 i 24 000 usług) w sposób równy lub niższy z pozycjami o ilości usług wynoszącej 600, czy 300. Faktem jest, że jest to podział „mechaniczny”, oderwany od norm czasochłonności i realiów rynkowych.

To rozbitcie kryteriów cenowych i brak jakiegokolwiek reguły powoduje, że nie można zarzucić manipulacji cenowej, a co za tym idzie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji żadnemu z uczestników postępowania, którzy złożyli oferty. To rozbitcie powoduje brak możliwości rzetelnej i obiektywnej oceny ofert, ale także powoduje to, że każdy kierował się indywidualnymi metodami cenowymi wnioskującymi z jego know how — realizacji tego typu zamówień na usługi oraz swoimi kosztami, które ponosi przy realizacji kontraktu, a które to koszty wcale nie muszą i nie są, takie same u każdego z wykonawców.

Logika jaką narzucił Zamawiający wszystkim wykonawcom przy konstruowaniu oferty, sprowadza się zatem do konieczności zaimplementowania w tych ofertach dodatkowo jeszcze konwencji następujących faktów:

1. Zasady wg jakich sporządzony został opis przedmiotu zamówienia nie gwarantują ilości zamówień poszczególnych norm żywieniowych. Są to ilości orientacyjne, Zamawiający gwarantuje sobie prawo opcji na dodatkowe ilości, ale nie gwarantuje, że zamówienie podstawowe zostanie zrealizowane w całości. Zamawiający nie określił również sposobu kalkulacji marży na poszczególne normy żywieniowe, nie wymagał również stosowania identycznego klucza dla wszystkich norm. Biorąc pod uwagę powyższe wg zasad Zamawiającego, najbardziej racjonalne wydaje się takie skalkulowanie oferty, aby pokrycie kosztów jego realizacji opierało się na bazowych składnikach zamówienia czyli normach Kc1

i Kc2, które również historycznie stanowiło ponad 90% sprzedaży ilościowej.

2. Pozostałe normy żywieniowe mają charakter ewidentnie dodatkowy i pojawiają się sporadycznie w zależności od zapotrzebowania zamawiającego. Świadczy o tym zarówno ich marginalny udział w całości sprzedaży zakładanej przez Zamawiającego, jak też rzeczywiste, historyczne zamówienia w poprzednich latach. Analiza ilościowa dotychczas realizowanych umów, dowodzi, że niektóre normy w ogóle nie pojawiały się w zamówieniach.

W takiej sytuacji rozdział kosztów stałych typu koszty pracownicze na tego typu składniki, które mogą się pojawić, jednak z dużym prawdopodobieństwem w wielu miesiącach nie wystąpią, mogłoby prowadzić do tego rodzaju kalkulacji i sytuacji, w której wykonawca poniesie koszty stałe, natomiast nie będzie w stanie pokryć ich ze zrealizowanej marży.

3. Zamawiający zatem poprzez świadomy podział przedmiotu zamówienia na części i zakresy od Kc1 do Kc9, narzucił tego rodzaju wewnętrzną logikę funkcjonowania usługi, że uzyskanie marży zagwarantowane jest de facto tylko na dwóch częściach, które występują systematycznie przez cały okres świadczenia usługi, są podstawowymi zamawianymi wolumenami zamówienia i które mimo pewnej zmienności w skali czynionych zamówień można w dłuższym okresie bezpiecznie szacować. Pozostałe części mają charakter dodatkowy i bez względu na to, czy w danym miesiącu wystąpią czy nie, nie będą mieć negatywnego wpływu na możliwość pokrycia przez wykonawcę kosztów zamówienia.

W przypadku tych dodatkowych części zamówienia istotne jest dla wykonawców wyłącznie pokrycie kosztów zmiennej.

4. Zbudowany i narzucony przez Zamawiającego model nieuchronnie prowadzi do jednego, że sporządzenie oferty przez uczestnika postępowania w taki sposób, że przypisanie zarzutu następuje w częściach, których faktyczna realizacja będzie występować sporadycznie lub wcale, w ostatecznym rozrachunku przyniesie straty na realizacji całego kontraktu, bo nie zapewnia pokrycia kosztów i wynikowo dowodzi tego, że taka kalkulacja oferty implikuje

w sobie, że oferta taka zawiera rażąco niską cenę.

Reasumując zarzuty Odwołujący stwierdził, że kalkulacja jego oferty oparta została w szczególności o analizę pracochłonności poszczególnych części składowych oferty. Analiza ta wykazała, że dwie usługi objęte przedmiotem zamówienia angażują 99% zasobów ludzkich koniecznych do realizacji całego zamówienia. Te dwie usługi de facto determinują wielkość całościowych zasobów, które przedsiębiorstwo będzie musiało przeznaczyć do realizacji przedmiotu zamówienia, zaś wszystkie pozostałe składowe zamówienia (usługi) odpowiadające za mniej niż 1% całkowitej pracochłonności będą mogły zostać zrealizowane przy pomocy tych samych zasobów ludzkich i sprzętowych.

W tej sytuacji Odwołujący prawidłowo podszedł do zagadnienia sposobu kalkulacji kosztów i cen poszczególnych składników zamówienia, traktując te marginalne elementy zamówienia jako świadczenia czy usługi dodatkowe. Było to tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający w warunkach przetargu postanowił, że poszczególne części składowe nie będą rozdzielane pomiędzy różnych wykonawców, a będą dostarczone przez jednego wykonawcę, stanowiąc tym samym de facto pakiet części składowych, różniących się jednakże ilościami objętymi zamówieniem, pracochłonnością, a tym samym wagami i istotnością w całości zamówienia.

Warunki przetargu nie narzucały oferentom stosowania określonej metody kalkulacji narzutu, zatem należy przyjąć że oferenci mieli w tym zakresie daleko posuniętą dowolność. Wybór metody kalkulacji należy tym samym uznać za prawidłowy i w pełni racjonalny z punktu widzenia uczestnika postępowania przetargowego. Należy podkreślić, że teoria i praktyka kształtowania cen pakietowych w żadnej mierze nie wymaga, by poszczególne składniki pakietu były oferowane z tą samą marżą. Tym samym przyjąć należy, że zastosowanie przez oferenta różnych poziomów marż dla usług uznanych przez niego za podstawowe i usługi dodatkowe znajduje w pełni potwierdzenie w powszechnej praktyce rynkowej, a w żadnej mierze nie narusza ani warunków przetargu, ani reguł uczciwej konkurencji.

Zastosowany przez Odwołującego sposób kalkulacji ceny gwarantuje oferentowi pokrycie wszystkich kosztów realizacji kontraktu oraz określony poziom zysku. Nie można więc twierdzić, że kontrakt będzie realizowany przez wykonawcę poniżej kosztów oraz że z tego powodu jego realizacja może być zagrożona w przyszłości. Analiza oferty wskazuje, że wykonawca uwzględnił wiele czynników wpływających na koszty realizacji kontraktu, w tym również oczekiwany wzrost kosztów. Zróżnicowany poziom narzutów na poszczególnych częściach składowych kontraktu jest wynikiem jedynie zastosowanej metody rachunku kosztów i w żadnej mierze negatywnie nie wpływa na ocenę jego rentowności.

Nie ma też podstaw do uznania, że zastosowany sposób kalkulacji ceny służył manipulowaniu wynikami przetargu. Zastosowane metody kalkulacji są powszechnie stosowane w praktyce rynkowej i biznesowej w Polsce i na świecie, a nie są sztucznie wymyśloną konstrukcją czy wynikiem manipulacji ze strony oferenta. Zatem oferta Odwołującego nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji a także nie zawiera ona rażąco niskiej ceny.

Odwołujący oświadczył, że złożona oferta zakłada zysk z realizacji zamówienia, a wykonanie zamówienia absolutnie nie naraża go na straty. Odmienne zrozumienie tej okoliczności naraziłoby Zamawiającego na dokonanie bezprawnej czynności mającej wpływ na wynik postępowania, ergo doszłoby do popełnienia czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dowodem na okoliczność są także ceny ofert pozostałych uczestników postępowania i złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w tym przedmiocie.

Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest także w końcu sprzeczna z prawem z jeszcze jednego powodu, a mianowicie Zamawiający dokonał naruszenia art. 253 ustawy PZP, poprzez wadliwą wykładnię i wadliwe zastosowanie. Zamawiający dokonał bowiem odrzucenia oferty Odwołującego, przy czym nie dokonał tego, jak wymaga przepis ustawy po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Zwrócić należy uwagę, że przepis ten ma charakter normy *ius cogens*, a tym samym normy bezwzględnie obowiązującej, albowiem stylizacja tego przepisu nie dopuszcza jakichkolwiek wyjątków w tym zakresie.

Z tej przyczyny Odwołujący domagał się uwzględnienia odwołania i cofnięcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, albowiem czynność odrzucenia oferty jako czynność zmierzająca do obejścia prawa czerpie walor nieważności z mocy art. 58 par. 1 i 2 kc, który stosuje się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odniesienie do art. 8 ustawy PZP. Działanie Zamawiającego jest pozorne oraz jest nakierowane na obejście prawa, tj. nie podlega ochronie prawnej i wypełnia jednocześnie przesłanki stanu jego nieważności. Kumulatywnie stanowi to także inkryminowane przepisami naruszenie zasad współżycia społecznego, art. 5 kc w zw. z art. 8 ustawy PZP, co jest niedopuszczalne.

Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku.

Z uwagi na powyższe Odwołujący złożył wnioszek o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stroni Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że zaoferowana cena istotnych części składowych, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający żądał od Wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych, tj. kwoty narzutu, które jako jedyne mogą stanowić podstawę obliczenia zysku Wykonawcy (wskazane w formularzu ofertowym w kolumnie 4, w wierszach od nr 3 do nr 9). Mając na uwadze wymagania określone w SWZ oraz Załączniku nr 2 – Projektowane Postanowienia Umowy i Załączniku nr 3 – Opis przedmiotu zamówienia, żądano złożenia dowodów, że zaoferowane wartości narzutu kolejno w wierszach:

3 kolumna 4 w wysokości: 2,01 zł

4 kolumna 4 w wysokości: 0,53 zł

5 kolumna 4 w wysokości: 0,56 zł

6 kolumna 4 w wysokości: 0,67 zł

7 kolumna 4 w wysokości: 0,76 zł

8 kolumna 4 w wysokości: 0,52 zł

9 kolumna 4 w wysokości: 1,20 zł,

➤ są zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, tj. wskazane wyżej wartości wypełniają warunki realizacji zamówienia zgodnie z SWZ i załącznikami.

➤ zawarte w nich są wszystkie składowe potwierdzające, iż w ich wartości zawarto wszystkie wymagania zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest

zamówienie, (tj. składki, ubezpieczenia itp. związane z zatrudnieniem pracownika i prowadzeniem działalności).

Dla zobrazowania, dlaczego składowe części oferty wskazane w formularzu ofertowym w kolumnie 4, w wierszach od nr 3 do nr 9 wydają się rażąco niskie dla Zamawiającego

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą jego wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania, przedstawiono tabelaryczne zestawienie jak przedkładają się składowe wartości złożone

w danym z kryteriów w ofertach przez poszczególnych Wykonawców:

Kryterium	Waga	Oferta NAPRZÓD	Oferta Bracia PIETRZAK	Oferta DUSSMANN	Oferta ZPR
Kc 1	30	10,00 zł	9,68 zł	11,77 zł	14,68 zł
Kc 2	15	8,00 zł	11,15 zł	12,61 zł	22,12 zł
Kc 3	10	10,00 zł	11,99 zł	19,20 zł	2,01 zł
Kc 4	10	10,00 zł	5,93 zł	12,89 zł	0,53 zł
Kc 5	5	10,00 zł	5,93 zł	17,55 zł	0,56 zł
Kc 6	15	3,60 zł	3,95 zł	4,66 zł	0,67 zł
Kc 7	5	10,00 zł	4,78 zł	17,07 zł	0,76 zł
Kc 8	5	3,00 zł	8,58 zł	4,46 zł	0,52 zł
Kc 9	5	3,00 zł	9,58 zł	3,29 zł	1,20 zł

Zamawiający zaznaczył, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Państwa, koszty prac, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia wynikającego z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie oraz przepisy o pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy, tj. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego oferowana cena (wartość narzutu jest realna, wiarygodna, że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia) przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat, że nie złożył ceny poniżej kosztów wykonania zamówienia.

Poinformowano, że na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający będzie zmuszony odrzucić ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący złożył wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając, że ich fragmenty oznaczone jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki w myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają ujawnieniu.

W części jawnej wyjaśnień podano, że (...) nabyte w ten sposób know-how bez wątpienia stanowi więc jeden z czynników, który przełożył się na wysokość zaofertowanych stawek narzutu. Podsumowując, dzięki realizacji umowy na rzecz Zamawiającego obejmującej analogiczne usługi do objętych przedmiotem postępowania, Spółka ma unikalną i rzeczywistą wiedzę nt. tego, w jaki sposób optymalnie zorganizować realizację przedmiotu zamówienia

w ramach niniejszego Postępowania, co stanowi jej istotną konkurencyjną przewagę.

Dzięki posiadanej wiedzy i doświadczeniu Spółka wie jak realnie czasochłonna

i kosztochłonna będzie realizacja przedmiotowego Zamówienia. W ten sposób Spółka jest

w stanie oszacować koszty realizacji Zamówienia rzetelniej niż przedsiębiorcy, którzy nie realizowali wcześniej podobnych zamówień, a w szczególności nie realizowali analogicznego do objętego przedmiotem Postępowania zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Kolejnym istotnym czynnikiem jest samodzielna realizacja przedmiotu zamówienia

(bez udziału podwykonawców), co pozwala na ograniczenie kosztów operacyjnych związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia.

Odnosząc się do treści Wezwania wskazano również, że Spółka nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, przy wykonywaniu niniejszego Zamówienia.

Nie wskazano przy tym sprzyjających warunków Zamówienia dostępnych dla Wykonawcy w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu, w którym realizowane jest Zamówienie oraz przepisów prawa ochrony środowiska.

Jednocześnie potwierdzono, że realizacja przedmiotowego Zamówienia odbędzie się:

- zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej,
- zgodnie z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,
- zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Niezależnie od powyższego, Spółka wskazała dodatkowe czynniki, które pozwoliły jej zaofertować konkurencyjną, i wciąż rynkową, cenę:

- oszczędność metody wykonania - Spółka optymalizuje sposób realizacji zamówień i koszty ich wykonywania - stosuje przemyślane, wypracowane wieloletnim doświadczeniem w ramach grupy ZPR strategie budowania cen;
- wybrane rozwiązania techniczne - Wykonawca oferuje realizację świadczeń, co do których posiada bardzo bogate doświadczenie zdobyte w sektorze zarówno prywatnym, jak i publicznym, w tym pięcioletnie doświadczenie w wykonywaniu kontraktu na rzecz Zamawiającego, który jest analogiczny do przedmiotu niniejszego Postępowania. Na dowód wysokiej jakości świadczonej usługi na rzecz Zamawiającego Oferent załączył referencje;

Z porównania składników ofert innych wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym wynika, że zostało przyjętych wiele różnych modeli wyceny i kalkulacji.

Należy więc uznać, że sposób formułowania SWZ oraz Formularza ofertowego dopuszczał zastosowanie elastycznego modelu kalkulacji, z uwzględnieniem procesów organizacyjnych oraz zasobów własnych danego wykonawcy i jego indywidualnej sytuacji.

Wyjaśnienia w ocenie Wykonawcy wykazują w sposób obiektywny na opłacalność wykonania Zamówienia dla Spółki w ramach zaofertowanej ceny. Spółka, bez ryzyka dla osiągnięcia zysku, będzie w stanie pokryć wszystkie koszty związane z realizacją całości przedmiotu Zamówienia z kwoty wynagrodzenia uzyskanego z tego tytułu od Zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu reguł rynkowych, zachowaniu jakości usługi i warunków zawartych w dokumentacji przetargowej.

Wszystkie wymienione czynniki dowodzą, że zaofertowana przez Spółkę cena jest realna i zapewnia należyte wykonanie Zamówienia, przyjęte zaś do kalkulacji wartości znajdują swoje uzasadnienie w realiach rynkowych i wskazanych w SWZ wymaganiach.

W tych okolicznościach oczywiste jest, iż jakkolwiek zaofertowane przez Spółkę ceny są niskie, to jednak nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania Zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i bez strat dla Spółki.

Należy wskazać, że oferta podlega odrzuceniu, o ile zawiera cenę wyraźnie

i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Tę zaniżoną cenę odnosić należy do przedmiotu zamówienia i ustalonej dla tego przedmiotu zamówienia wartości. Samo porównanie cen: ustalonej przez zamawiającego oraz oferty wykonawcy, której cena znacznie odbiega od tej ustalonej przez zamawiającego, nie uprawnia do odrzucenia oferty. (...) Powyższe potwierdziło orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: „Cena rażąco niska jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można

zrealizować przedmiotowego zamówienia. Tylko wówczas, zdaniem składu orzekającego Izby, mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z 28 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 123/08). Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo KIO: „O tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia – mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.” (wyrok KIO z dnia 26.06.2021 KIO 1257/21).

Wyrażono nadzieję, iż powyższe wyjaśnienia w pełni usuwają wątpliwości Zamawiającego dotyczące ceny zawartej w ofercie Spółki. Jednakże, gdyby z jakichkolwiek przyczyn Zamawiający uznał za konieczne uzupełnienie przedmiotowych wyjaśnień,

Spółka z daleko idącej ostrożności proceduralnej — mając na względzie fakt, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień może być czynnością wielokrotną - deklaruje wolę ich poszerzenia w zakresie sprecyzowanym przez Zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 oraz art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej: „uznk” odrzucił ofertę Wykonawcy: Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe S.A. z siedzibą w Warszawie,

z uwagi na fakt, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny a oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu faktycznym podano, że Zamawiający dokonując sprawdzenia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługę żywienia zbiorowego w systemie zleconym w MSD Warszawa powziął wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia i wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia w określonym terminie zaznaczając, że część z nich stanowi „Tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że Wykonawca nie sprostował ustawowym wymogom złożenia wyjaśnień, do których został wezwany z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, tj. złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w istotnych jej częściach obejmujących kryteria oceny ofert, a opisanych jako Kc3, Kc4, Kc5, Kc6, Kc7, Kc8, Kc9, które stanowią istotne części składowe w wyniku przypisania im wag punktowych przy dokonywaniu oceny ofert.

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wskazując kolejne argumenty odnosi się do wyjaśnień dotyczących warunków ekonomicznych w ujęciu całościowym, a nie poszczególnych istotnych jej części do których wyjaśnienia został wezwany.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, tj. zakres przedmiotu zamówienia, sposób realizacji dostaw, częstotliwość wykonania, oczekiwania jakości środków niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia wobec czego jako jedyne kryterium zastosował kryterium ceny z podziałem na podkryteria cenowe.

Nietrafionym jest zatem argument Wykonawcy złożony w wyjaśnieniach „Dzięki wiedzy i doświadczeniu nabytemu podczas realizacji tego zamówienia Spółka mogła jeszcze lepiej przewidzieć ryzyka związane z przyszłą umową, oszacować zakładany nakład pracy oraz zoptymalizować sposób świadczenia usług, a w konsekwencji zastosować nowatorski sposób ich wyceny”

Nowatorski sposób wyceny w sprawdza się (zgodnie z Załącznikiem nr 7 do wyjaśnień stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) do manipulowania cenami jednostkowymi

w poszczególnych kryteriach. W wyjaśnieniach odnoszących się do wyliczenia ceny oferty Wykonawca wskazuje różne wartości wskaźnika rozdziału kosztów w sposób nieproporcjonalny, oderwany od realiów rynkowych, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W zależności od procentowego udziału pracochłonności, który Wykonawca określił samodzielnie w sposób nieuprawniony zaburzając relacje przypisane im

w dokumentach zamówienia w poszczególnych kryteriach, ten sam rodzaj składowych rozdziału kosztów jak np. środki czystości potrafi w Kc1 kosztować dwudziestokrotnie więcej niż ten sam rodzaj i nakład kosztów w Kc8. W analogiczny sposób rozkładają się relacje

w pozostałych istotnych jej częściach obejmujących kryteria oceny ofert, a opisanych jako Kc3, Kc4, Kc5, Kc6, Kc7, Kc8, Kc9, gdzie różnice sięgają nawet trzydziestokrotności wartości wskazanej w danym koszcie.

Sztucznie zaniżenie cen przez Wykonawcę jest nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej wobec innych Przedsiębiorców i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji zbiorowych wskazanych w kalkulacji złożonej w wyjaśnieniach Wykonawca dowiódł jedynie, iż znacznie różnią się one od cen pozostałych oferentów i potwierdzają wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości realizacji zamówienia przez tego Wykonawcę po zaofferowanych cenach oraz zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty.

Standardy wykonania zamówienia są takie same dla wszystkich Wykonawców i złożone wyjaśnienia przez Wykonawcę bezspornie wskazują, że nie stanowią wyliczeń ekonomicznych odnoszących się do ich wykonania, a jedynie stanowią manipulację cenami istotnych części składowych, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu „uznk”.

Dla zobrazowania wątpliwości Zamawiający w żądaniu złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny części składowych ceny oferty posłużył się zestawieniem ofert z postępowania. Zamawiający oczekiwał, że w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca odniesie się do złożenia wyjaśnień w zakresie obliczenia kwoty narzutu w poszczególnych kryteriach oceny ofert dla których określił konkretne wagi i maksymalną liczbę punktów jaką może w nim przyznać, tj.

3)kolumna 4 w wysokości: 2,01 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc3 - 10 pkt)

4)kolumna 4 w wysokości: 0,53 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc4 - 10 pkt)

5)kolumna 4 w wysokości: 0,56 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc5 - 5 pkt)

6)kolumna 4 w wysokości: 0,67 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc6 - 15 pkt)

7)kolumna 4 w wysokości: 0,76 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc7 - 5 pkt)

8)kolumna 4 w wysokości: 0,52 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc8 - 5 pkt)

9)kolumna 4 w wysokości: 1,20 zł (oferta narzutu ZPR przy wadze Kc9 - 5 pkt)

Dla usystematyzowania sposobu dokonywania oceny Zamawiający wskazał, że wyceniane „wartości narzutu” odnoszą się do zasadniczych norm żywienia stanowiąc w poszczególnych kolumnach ich zwielokrotnienie lub zmniejszenie na podstawie odrębnych przepisów branżowych. Taki schemat działania od lat praktykowany przez Zamawiającego

i innych Zamawiających ma na celu równe traktowanie Wykonawców i ograniczenie możliwości manipulacji składowymi częściami oferty w przypadku, gdy Zamawiający określa dla tych składowych dodatkowe podkryteria (wagi), co miało miejsce w postępowaniu.

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uzkn, gdyż złożenie oferty przez wykonawcę stanowiło w tym postępowaniu czyn nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 3 ust. 1 oraz w art. 15 ust. 1 pkt 1 „uznk”.

Powyższe wynika z faktu, iż uwzględniając zaofferowaną przez Wykonawcę cenę, świadczone przez Wykonawcę

usługi w ich składowych istotnych częściach będą wykonane poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odmienna od warunków rynkowych kalkulacja wyceny w tym przypadku powoduje naruszenie interesów przedsiębiorców, którzy swoje usługi wyceniają rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną.

Niemożliwym jest bowiem wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia po cenie wskazanej przez wykonawcę w treści oferty i złożonych wyjaśnieniach. Zakres usług będących przedmiotem zamówienia, nie przystaje do wysokości ceny wskazanej w treści oferty Wykonawcy. Manipulowanie ceną oferty to w szczególności określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen jest na poziomie niepozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający dla zobrazowania manipulacji istotnymi częściami składowymi ceny oferty i jednocześnie zamierzonego działania Wykonawcy mającego na celu postawienie go w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych Wykonawców oraz w celu ich eliminacji w niniejszym postępowaniu w drodze analizy wskazuje że Wykonawca dopuścił się niedopuszczalnych praktyk rynkowych:

- 1) W postępowaniu ZP-01/2023 z roku 2023 prowadzonym przez Zamawiającego JW 2305 w Warszawie i odpowiadającym swym zakresem niniejszemu postępowaniu Wykonawca złożył propozycję cenową w której określilił nw. „wartości narzutu” wyrażone w złotych:

Lp.	Norma Wyżywienia	Stawka normy wyżywienia	Wartość narzutu	Stawka normy wyżywienia + Wartość narzutu (kol.3 + kol.4)	STAWKA VAT	WARTOŚĆ VAT (kol.5 * kol.6)	WARTOŚĆ NORMY WYŻYWIENIA WRAZ NARZUTEM /brutto/ (kol.5 + kol.7)
1	2	3	4	5	6	7	8
1.	Zasadnicza norma wyżywienia „020”	24,95	18,05		8%		
2.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” w wymiarze 40%	9,98	14,52		8%		
3.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” plus dodatkowa norma wyżywienia „110” w wymiarze 40%	28,49	18,51		8%		
4.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” plus dodatkowa norma wyżywienia „110” w wymiarze 80%	32,04	16,96		8%		
5.	Zasadnicza norma wyżywienia „040”	33,46	15,54		8%		
6.	Posilek profilaktyczny wg zasadniczej normy wyżywienia „010” w wymiarze 20,80%	4,88	4,95		8%		

W postępowaniu zastosowano kryterium: Cena 100%.

Z ww. Wykonawcą Zamawiający zawarł umowę w tym postępowaniu.

- 2)W postępowaniu ZP-02/2025 z roku 2025 prowadzonym przez Zamawiającego

JW 2305 w Warszawie (postępowanie unieważnione) złożył ofertę z dnia 04.03.2025 r. w której określilił nw. „ wartości narzutu” wyrażone w złotych:

Lp.	Norma Wyżywienia	Stawka normy wyżywienia	Wartość narzutu	Stawka normy wyżywienia + Wartość narzutu (kol.3 + kol.4)	STAWKA VAT	WARTOŚĆ VAT (kol.5 * kol.6)	WARTOŚĆ NORMY WYŻYWIENIA WRAZ NARZUTEM /brutto/ (kol.5 + kol.7)	Szacowana ilość usług dla danej normy (osobo/doba)	
								ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE	ZAMÓW OPCJONALNE
1	2	3	4	5	6	7	8	9	
1.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” w wymiarze 40%	12,31	9,70		8%			225 000	225 000
2.	Zasadnicza norma wyżywienia „020”	30,78	11,19		8%			24 000	24 000
3.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” plus dodatkowa norma wyżywienia „110” w wymiarze 40%	34,69	12,01		8%			2 850	2 850

4.	Zasadnicza norma żywienia „020” plus dodatkowa norma żywienia „110” w wymiarze 80%	38,60	5,95		8%			2 100	2 100
5.	Zasadnicza norma żywienia „020” plus dodatkowa norma żywienia „110” w wymiarze 150%	45,45	5,95		8%			600	600
6.	Posilek profilaktyczny wg zasadniczej normy żywienia „010” w wymiarze 20,80%	6,02	3,97		8%			15 000	15 000
7.	Zasadnicza norma żywienia „040”	41,92	4,78		8%			300	300
8.	Zasadnicza norma żywienia „020” w wymiarze 35%	10,77	8,59		8%			600	600
9.	Zasadnicza norma żywienia „020” w wymiarze 25%	7,70	9,59		8%			600	600

3)W postępowaniu ZP- 36/2025 z roku 2025 prowadzonym przez Zamawiającego JW 2305 w Warszawie Wykonawca złożył ofertę z dnia 08.07.2025 r. w której określił „wartości narzutu” wyrażone w złotych:

Lp.	Norma Wyżywienia	Stawka normy żywienia	Wartość narzutu	Stawka normy żywienia + Wartość narzutu (kol.3 + kol.4)	STAWKA VAT	WARTOŚĆ VAT (kol.5 kol.6)	WARTOŚĆ NORMY WYŻYWIENIA WRAZ NARZUTEM /brutto/ (kol.5 + kol.7)	Szacowana ilość usług dla danej normy (osoba/doba)	
								ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE	ZAMÓW OPCJONALNE
1	2	3	4	5	6	7	8	9	
1.	Zasadnicza norma żywienia „020” w wymiarze 40%	12,31	14,68		8%			225 000	225 000
2.	Zasadnicza norma żywienia „020”	30,78	22,12		8%			24 000	24 000
3.	Zasadnicza norma żywienia „020” plus dodatkowa norma żywienia „110” w wymiarze 40%	34,69	2,01		8%			2 850	2 850
4.	Zasadnicza norma żywienia „020” plus dodatkowa norma żywienia „110” w wymiarze 80%	38,60	0,53		8%			2 100	2 100
5.	Zasadnicza norma żywienia „020” plus dodatkowa norma żywienia „110” w wymiarze 150%	45,45	0,56		8%			600	600
6.	Posilek profilaktyczny wg zasadniczej normy żywienia „010” w wymiarze 20,80%	6,02	0,67		8%			15 000	15 000
7.	Zasadnicza norma żywienia „040”	41,92	0,76		8%			300	300
8.	Zasadnicza norma żywienia „020” w wymiarze 35%	10,77	0,52		8%			600	600

9.	Zasadnicza norma wyżywienia „020” w wymiarze 25%	7,70	1,20		8%			600	600
----	--	------	------	--	----	--	--	-----	-----

Z powyższych danych wynika, że oferta Wykonawcy złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę żywienia zbiorowego w systemie zleconym w MSD Warszawa (nr ref. ZP-36/2025) jest nieproporcjonalnie niższa w kolumnach „wartość narzutu” dla poszczególnych kryteriów względem oferty z dnia 04.03.2025 r. złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę żywienia zbiorowego w systemie zleconym w MSD Warszawa (nr ref. ZP02/2025) jest różna jak niżej :

- a) Kc³ – sześciokrotnie z ceną 2,0 zł; z wagą kryterium 10%
- b) Kc⁴ – ponad jedenastokrotnie z ceną 0,53 zł; z wagą kryterium 10%
- c) Kc⁵ – ponad dziesięciokrotnie z ceną 0,56 zł; z wagą kryterium 5%
- d) Kc⁶ – ponad pięciokrotnie z ceną 0,67 zł; z wagą kryterium 15%
- e) Kc⁷ – ponad sześciokrotnie z ceną 0,76 zł; z wagą kryterium 5%
- f) Kc⁸ – ponad szesnastokrotnie z ceną 0,52 zł; z wagą kryterium 5%
- g) Kc⁹ – ponad siedmiokrotnie z ceną 1,20 zł; z wagą kryterium 5%

Wskazane dane w sposób bezsporny wskazują, że doszło do nieuprawnionego manipulowania istotnymi częściami składowymi, za które Zamawiający przyznawał punkty, co paradoksalnie doprowadzić mogło do sytuacji, że oferta z najwyższą ceną stałaby się ofertą najkorzystniejszą stojąc w sprzeczności z definicją z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp.

Oferowanie usług przez Wykonawcę poniżej ceny ich świadczenia niewątpliwie ma na celu eliminację z rynku pozostałych Wykonawców. Przedstawiona przez wykonawcę oferta jest oderwana od rzeczywistych kosztów wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia w istotnych jej częściach obejmujących kryteria oceny ofert, a opisanych jako Kc3, Kc4, Kc5, Kc6, Kc7, Kc8, Kc9, które stanowią istotne części składowe w wyniku przypisania im wag punktowych przy dokonywaniu oceny. Zachowanie to ukierunkowane jest na umyślne i celowe zaniżenie istotnych części składowych ceny oferty wyłącznie dla uzyskania większej ilości punktów. Powyższe ustalenia w oparciu o stan faktyczny nakazują stwierdzić,

że Wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, a wcześniej składając ofertę, nie wyjaśnił prawidłowości skalkulowania ceny swojej oferty. W konsekwencji powyższego zaoferował realizację zamówienia w poszczególnych jego istotnych częściach składowych, za cenę, która powoduje jego realizację poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców. Istotnym jest fakt, że utrudnienie związane z nieprawidłowym skalkulowaniem istotnych części składowych oferty (ich zaniżenie) nie wynika z prowadzonej przez wykonawcę dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej, a z celowości jego działania. Odmienne od warunków rynkowych kalkulacja wyceny powoduje naruszenie interesów przedsiębiorców, którzy swoje usługi wyceniają rzetelnie i zgodnie z bieżącą sytuacją ekonomiczną w sposób literalnie brzmiający w dokumentach prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu prawnym wskazano, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy uznk, gdyż złożenie oferty przez wykonawcę stanowiło w tym postępowaniu czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze art. 3 ust. 1 ustawy uznk „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Z kolei przywołany art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,”

Wykonawca składając wyjaśnienia w zakresie wycenienia istotnego elementu ceny (istotnej części składowej) w celu ustalenia czy jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie uwzględnił w cenie obligatoryjnych elementów ceny składających się na koszty pracy. W konsekwencji powyższego wycenił usługę, dokonując nieuprawnionej manipulacji cenowej przeliczając koszty w ramach poszczególnych elementów oferty czyli mechanizmu tzw. subsydiowania skróśnego w celu eliminacji konkurencji.

Utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, to delikt z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Manipulowanie ceną oferty to w szczególności określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen jest na poziomie niepozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Wykonawca w istocie dopuścił się manipulowania ceną i dokonał przeliczenia kosztów pomiędzy pozycjami.

Przejawem manipulowania cenami jest również sytuacja, w której jedna z cen jednostkowych stanowi odrębne kryterium oceny ofert. Jej obniżenie wpływa na pozycję oferty w rankingu. Takiej sytuacji dotyczyły wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r. (sygn. akt: KIO 192/22) i z dnia 19 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2735/21).

Zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem KIO i SO manipulowanie ceną będzie czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli kumulatywnie wystąpią następujące przesłanki 1) utrudnienie dostępu do rynku, które jest realizowane przez 2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu 3) eliminacji innych przedsiębiorców.

W orzecznictwie KIO podkreśla się, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, o czym świadczy użyte w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk sformułowanie „w celu”. Konieczne jest udowodnienie, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku.

Oferowanie wykonania części zamówienia za cenę „poniżej kosztów” w istocie stanowi manipulowanie proporcjami części zamówienia, zagrażając interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali cenę za części zamówienia. Obowiązek należytego, rzetelnego skalkulowania oznacza uwzględnienie wszystkich kosztów, jakie poniesie wykonawca.

Za niedopuszczalne należy uznać pokrywanie niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę (KIO 1123/17; KIO 216/14). Manipulacja ceną może skutkować odrzuceniem oferty również, gdy zachowanie oferenta nie wypełnia przesłanek z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jest czynem nieuczciwej konkurencji, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 uznk). Jeżeli wykonawca kalkuluje wynagrodzenie za zamówienie lub jego część na poziomie rażąco niskim, dochodzi do naruszenia dobrych obyczajów i nieuczciwego uzyskania przewagi konkurencyjnej. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów, ale nie mogą realnie konkurować z wykonawcą.

Biorąc poczynione ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zarządy 1 i 2

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska,

siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Rzeczywiście Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu rozdzielił czynności poinformowania wykonawców o odrzuceniu oferty od czynności poinformowania o wyborze oferty najkorzystniejszej. Formalnie Zamawiający winien powyższe uczynić w sposób „równoczesny”, czyniąc zadość zasadzie koncentracji środków ochrony prawnej. Jednak jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnych sankcji za poinformowanie o tych dwóch czynnościach nierównocześnie. W ocenie Izby istotne z punktu widzenia tej regulacji ustawy Pzp jest, aby zamawiający zamieścił przy każdej z czynności uzasadnienie faktyczne i prawne. Ten bowiem element czynności gwarantuje wykonawcy możliwość prawidłowego skorzystania ze środków ochrony prawnej, sformułowanie zarzutów wobec decyzji zamawiającego, odniesienie się do argumentów, z którymi zamawiający wiąże fakt odrzucenia oferty danego wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie kwestionował natomiast samego sposobu sporządzenia uzasadnienia odrzucenia jego oferty. Jak wskazano na rozprawie, rozdzielenie informacji o odrzuceniu oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej nie przeszkodziło Odwołującemu zakwestionować obu poczynionych przez Zamawiającego czynności. Dlatego też sama zasadność zarzutu ma jedynie walor formalny i pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Swoją postawą w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył także art. 16 ustawy Pzp, nie łamiąc zasady równego traktowania wykonawców, czy też prowadzenia postępowania

z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający nie uniemożliwił Odwołującemu złożenia odwołań, prawidłowo i obszernie uzasadnił podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności. Odwołujący na równi z innymi Wykonawcami

z postępowania był w stanie zakwestionować zarówno czynność odrzucenia jego oferty, jak też czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Poprawność uzasadnienia poszczególnych czynności można uznać za nadrzędną w stosunku do zasady równoczesności przekazania informacji Wykonawcom. To bowiem element merytoryczny a nie czasowy (formalny) decyduje o skuteczności złożenia środka ochrony prawnej.

Zarzuty 3 i 4

Na początku rozważań dostrzeżenia wymaga, iż to nie Odwołujący decyduje

o istotności poszczególnych składowych tworzących przedmiot zamówienia. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo określić, które elementy mają dla niego istotne znaczenie celem należytego wykonania zamówienia. Zamawiający zasadę tę może wyrazić poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert, przez przypisanie im odpowiedniej wagi, stosownie do swoich potrzeb i wymagań. Kryteria oceny ofert bowiem co do zasady powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu ustalony przez Zamawiającego sposób oceny ofert odzwierciedlił potrzeby Zamawiającego przez przypisanie poszczególnym kategoriom od Kc1 do Kc9 wartości procentowych. W ten sposób Zamawiający wyraził, które z kategorii, biorąc pod uwagę specyficzne zapotrzebowanie Zamawiającego na posiłki z poszczególnych kategorii mają dla niego istotne znaczenie. Zatem wbrew stanowisku Odwołującego to nie ilość wydawanych posiłków decydowała o istotności danej części.

Jeśli Odwołujący, jak podawał w odwołaniu, uważał, że kryteria oceny ofert zostały błędnie ustalone, nie prowadził do wyboru oferty najkorzystniejszej, uprawnieniem jego było zakwestionować w ramach korzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący z tej możliwości nie skorzystał. Co więcej żaden z Wykonawców nie zadawał Zamawiającemu w tej materii pytań, nie prosił o wyjaśnienia, nie złożono odwołań. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający pierwszy raz zastosował w postępowaniu taki podział w ramach kryteriów, zmieniając dotychczasowy sposób oceny ofert. Nie kwestionowano również uzasadnienia odnoszącego się do braku podziału zamówienia na części. Podnoszenie na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarzutów wobec zapisów SWZ należy uznać za spóźnione. Z tych powodów Izba przy wyrokowaniu pominęła tę część rozważań Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby to Odwołujący zmienił podejście do konstrukcji oferty, jednak podyktowane to było nie zmianą reguł oceny przez Zamawiającego, ale chęcią wygrania postępowania. To Odwołujący uparcie trwa na stanowisku, że tylko kategorie Kc1

i Kc2 są istotne, pozostałe kategorie mają charakter służebny wobec tych głównych. Tymczasem czynniki uległy zmianie, czego Odwołujący nie wziął pod uwagę przy wycenie oferty, co Zamawiający zasygnalizował przez opis kryteriów oceny ofert. Podejście Odwołującego wynika także z dowodu, który złożono na rozprawie – *Dziennik statystyki norm żywieniowych dostarczanych Zamawiającemu przez ZPR SA w roku 2024 roku* Dokument ten potwierdza, że Odwołujący bazował i wziął przede wszystkim pod uwagę doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu zamówienia dla Zamawiającego, bez uwzględnienia zmienionych reguł składania i oceny ofert.

Odwołujący może oczywiście bazować na posiadanym doświadczeniu w realizacji podobnych lub takich samych usług, także na rzecz tego samego zamawiającego. Konieczne jest jednak skonfrontowanie tego doświadczenia z wymogami SWZ i potrzebami Zamawiającego, które na przestrzeni lat i zewnętrznych okoliczności mogą ulec zmianie albo być podyktowane szczególnymi okolicznościami. Wbrew twierdzeniom Odwołującego to nie Zamawiający próbuje „grać na emocjach”, ale to Odwołujący próbuje „wymusić” na Zamawiającym niezmiennosć warunków wykonania zamówienia.

Izba zgadza się z tezą, że Wykonawca winien był tak wycenić poszczególne części,

by koszty z nimi związane były uwzględnione, bez względu na to czy kategorie Kc1 i Kc2 będą w całości wykonywane. Tymczasem Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że w tych częściach ujął wszystkie koszty stałe, a w kategoriach Kc3 do Kc9 tylko koszty zmienne. Natomiast kształt SWZ i OPZ pokazują, że koszty powinny być do poszczególnych kategorii przypisane proporcjonalnie. Wycena Odwołującego prowadzi do sytuacji, gdzie w przypadku niewykonywania kategorii Kc1, Kc2 lub wykonywania ich w mniejszych ilościach, brakuje Wykonawcy środków na wykonanie przedmiotu zamówienia w kategoriach Kc3 do Kc9, ponieważ uwzględniono tylko koszty zmienne i to na dodatek bez odzwierciedlenia rzeczywistego poziomu ich ponoszenia, co jest rezultatem tego, że Odwołujący kierował się poziomem procentowym oceny a nie kosztami ich wykonania.

Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień kwoty narzutu, ponieważ jest to element który oceniał. Porównanie do unieważnionego postępowania z 2025 roku pokazuje właśnie nieprawidłowy sposób wyceny w tym postępowaniu. I taką tezę chciał pokazać Zamawiający. Odwołujący obniżył koszty by zdobyć punkty, a oznacza to, że nie wycenił usług realnie i rynkowo. Temu służyła konstrukcja tabeli z informacją o odrzuceniu. Nie chodziło

o złożenie 9 sztuk wyjaśnień odnośnie do każdej kategorii, ale o wyjaśnienie kosztów dla każdej części, które winny odnosić się do zamawianego przedmiotu. Odwołujący sztucznie zmienił reguły wyceny dla części Kc3 do Kc9 i dowodził temu wszystkie tabele porównawcze przedstawione przez Zamawiającego. W stosunku do każdego z wcześniej prowadzonych postępowań Odwołujący w znaczący sposób obniżył wysokość marży dla kategorii Kc3 do Kc9. To prawda, że Odwołujący nie musi osiągać zysku z wykonywania przedmiotu zamówienia w każdej kategorii. Ale Odwołujący w tym postępowaniu obniżył marżę do takiego poziomu, że wykonywanie tylko kategorii Kc3 do Kc9 stało się całkowicie nierentowne. Prowadzało to jednak uzyskania przez Odwołującego najwyższej punktacji w ustalonych kryteriach.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach w załączniku nr 7 określił procentowy udział kosztów pracochłonności przy realizacji poszczególnych kategorii zamówienia. Zrobił to jednak nie w ujęciu nowych zasad wprowadzonych przez Zamawiającego ale dla założenia, że części Kc1 i Kc2 będą wykonywane w całości jako podstawowe, pozostałe zaś kategorie mają charakter pomocniczy. Tę właśnie zasadę kwestionuje Zamawiający. Nie jest prawdą twierdzenie, że Zamawiający przez opis Kc1 i Kc2 narzucił wewnętrzną logikę funkcjonowania usługi. Fakt, że posiłki w kategoriach Kc3 do Kc9 bazują na podstawowych normach z kategorii Kc1 i Kc2 (odpowiednio powiększonych lub pomniejszonych) nie oznacza, że zysk można uzyskać tylko w podstawowych częściach zamówienia, ponieważ one będą wykonywane

systematycznie. To są właśnie założenia Odwołującego, dlatego że tak było do tej pory. Tymczasem Odwołujący powinien tak wycenić wykonywanie usług w kategoriach Kc3 do Kc9 by możliwe było ich wykonanie bez Kc1 i Kc2. To, że te kategorie stanowią bazę, nie oznacza, że zawsze będą wykonywane. Kategorie te stanowią bazę podstaw żywienia, a nie muszą być bazą podstawy kosztowej. Przy wycenie Odwołującego może dojść do sytuacji, że wykonanie w kategoriach Kc3 do Kc9 będzie niemożliwe, ponieważ Odwołujący nie będzie miał podstawy pokrycia kosztów głównych. Jak wynika z opinii sporządzonej przez prof. dr hab. Adama Szymaniaka, Odwołujący zastosował przy konstruowaniu oferty tzw. bundling, czyli redukcję kosztów transakcyjnych oraz efektywną alokację zasobów, gdy część elementów oferty ma niski koszt krańcowy. Sporządzający porównał to zjawisko do oferowania ceny ryczałtowej, gdzie niektóre elementy w kosztorysie zostają wycenione na poziomie bardzo niskim (nawet zerowym), w praktyce wykonawca dokonuje ich subsydiowania przez inne elementy oferty,

tak by zapewnić konkurencyjny poziom ceny całkowitej. Zamawiający bowiem ocenia jedną ofertę za pakiet. Można się z tymi twierdzeniami zgodzić, jeżeli cały przedmiot zamówienia jest wykonywany, a zamawiający płaci jedną ceną bez względu na ilość wykonanych prac. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający po pierwsze płaci za posiłek, który może należeć do różnych kategorii, a będzie on miał jedną bazę żywieniową jako podstawę i +/- jest dostosowywany do bieżących potrzeb żywieniowych żołnierzy. Nie zachodzi zatem jednolite, jednostajne wykonywanie przedmiotu zamówienia, ale właśnie zmienność tego przedmiotu. Zatem porównanie w opinii nie jest miarodajne. Dlatego więc każda kategoria powinna zostać wyceniona tak, by obejmowała zarówno koszty stałe i zmienne w odpowiedniej proporcji.

Odnosząc się do samego charakteru dowodu przyjętego w poczet materiału dowodowego przez Izbę, dostrzeżenia przede wszystkim wymaga prywatny charakter złożonej opinii, czemu Odwołujący nie zaprzeczał i miał tego świadomość. Ekspertyzę tę Izba potraktowała jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Stronę sporu, która jest jej autorem. Opinia taka stanowi jedynie dowód tego, że osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w nich pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z dnia 29 września 1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że wszyscy wykonawcy postąpili w podobny sposób. To właśnie Odwołujący w kategoriach Kc3 do Kc9 zastosował najniższe stawki narzutu, co wyraźnie obrazują tabele Zamawiającego z wezwania i informacji

o odrzuceniu oferty. W wyjaśnieniach Odwołujący nie wykazał, że stawki narzutu odzwierciedlają obliczoną przez Wykonawcę pracochłonność pokazaną w załączniku nr 7 do wyjaśnień. Zamawiający celnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty podał, że podział kosztów rodzajowych nie został powiązany z ustaloną pracochłonnością. W ocenie Izby Odwołujący starał się „dopasować” koszty do wartości procentowej kryterium dla danej kategorii. Obrazuje to doskonale załącznik nr 7 do wyjaśnień, gdzie te same koszty, w zależności od bliżej niesprecyzowanych założeń, kształtują się na różnym poziomie.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego jako ogólnikowe i lakoniczne, nie dlatego, że sporządzone zostały one wspólnie dla wszystkich kategorii. Zamawiający zauważył, że Odwołujący niewystarczająco uzasadnił elementy ceny podane w ofercie

w ramach poszczególnych kategorii, w tym wysokość narzutu, która nie odpowiadała rzeczywistej pracochłonności dla danego elementu. Samo wezwanie było precyzyjne

i wskazywało na wątpliwości Zamawiającego co do sposobu wyceny Kc3 do Kc9. Odwołujący zaś w wyjaśnieniach próbował zmarginalizować znaczenie kategorii Kc3 do Kc9

i usprawiedliwić ujęcie głównych kosztów w kategoriach Kc1 i Kc2, bazując na dotychczasowym doświadczeniu, co było działaniem nieprawidłowym, nie uwzględniającym zasad ustalonych w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zastosował wobec Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wywodząc, że cena oferty Odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia temu nie przeczą.

Odnosząc się do części zarzutów związanych z odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działania mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zamawiający nie zdołał wykazać, że Odwołujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. Zamawiający ani takich dobrych obyczajów, czy też utrudniania konkurencji nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty. Okoliczność, że Odwołujący kalkulując wysokość przyjętego narzutu, który stanowił jego wynagrodzenie za usługę, wynika z przyjętej przez Odwołującego taktyki biznesowej

i koncentracji możliwości wykonania zamówienia w częściach Kc1 i Kc2. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Nawet przyjmując, że Odwołujący zaproponował ceny poniżej kosztów wykonania usług (co w ocenie Izby się potwierdziło), to nie można by uznać, iż Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 u.z.n.k. Zamawiający całkowicie pominał fakt, iż art. 15 u.z.n.k. dotyczy sytuacji, w której Odwołujący utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji. Utрудnianie dostępu do rynku stanowi istotę tego czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek próby ustalenia pozycji Wykonawców wobec siebie oraz zakresu rynku, do którego dostęp ogranicza Odwołujący swoim zachowaniem. Pojęcie pojedynczego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wypełnia natomiast definicji rynku. Gdyby tak było, udział w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłby utrudnieniem dostępu do rynku innym wykonawcom.

„Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku”, (tak: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Moduszeński, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX).

Nie można więc uznać, iż Odwołujący w jakikolwiek sposób ograniczał swobodę innych Wykonawców co do działania na jakimkolwiek rynku. Utрудnianiem dostępu do rynku nie są działania zmierzające do pozyskania jak największej części tego rynku, w tym uzyskania zamówienia publicznego. Ilość ofert złożonych w postępowaniu świadczy w tym przypadku na korzyść Odwołującego. Gdyby Odwołujący utrudniał innym wykonawcom dostęp do rynku, to liczba ofert byłaby znacznie niższa, lub oferta Odwołującego byłaby jedyną złożoną w takim postępowaniu.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt u.z.n.k. tylko taka sprzedaż poniżej kosztów, która jest dokonywana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. sprzedaż usług

w celu uzyskania ich konkretnego wolumenu jest objęta dyspozycją omawianego przepisu. Odwołujący chciał zachować status quo i nadal wykonywać usługę dla Zamawiającego. Dlatego w taki sposób ukształtował marżę w kategoriach Kc3

do Kc9, że były one znacząco niższe wobec marży innych Wykonawców. Takie działanie nie utrudniło jednak innym Wykonawcom złożenia oferty.

W celu odrzucenia oferty na przywołanej podstawie prawnej Zamawiający zobowiązany był wykazać przynajmniej, która norma prawna lub jaki dobry obyczaj został przez Odwołującego naruszony (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07), *nieuczciwie w rozumieniu u.z.n.k. jest każde zachowanie się przedsiębiorcy (...), które narusza m.in. dobre obyczaje i jeżeli zachowanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, podpada pod art. 3 tej ustawy. Konieczne jest jedynie wykazanie przez uprawnionego, jaki dobry obyczaj doznał naruszenia, oraz,*

że nieprzestrzeżenie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło interes konkurenta”.

Zamawiający nie przeprowadził analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i Odwołującego jako podmiotu

z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia dostęp do rynku innym podmiotom. Brakuje zatem elementów, które świadczą, że niezbicie mielibyśmy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby Zamawiający co prawda wykazał umyślności działania Odwołującego, ponieważ to sam Odwołujący nie ukrywał ani w odwołaniu, ani w stanowisku prezentowanym na rozprawie, że sposób wyceny był spowodowany zmianą podejścia Zamawiającego do oceny ofert. Izba jednak nie uważa, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, mającego na celu naruszenie interesów innego przedsiębiorcy, czy też utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jak już zaznaczono, celem Odwołującego było uzyskanie tego konkretnego zamówienia, nie zaś długofalowe działanie na rynku właściwym celem zamknięcia innym Wykonawcom dostępu do tego rynku.

Ocena Izby, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania odwoławczego i możliwość uwzględnienia odwołania, bowiem wobec oferty Odwołującego potwierdził się zarzut naruszenia innych norm prawnych. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że cena oferty Odwołującego nosi cechy rażąco niskiej, tym samym prawidłowo odrzucono ją na tej podstawie. Potwierdzenie się nieprawidłowego ustalenia przez Zamawiającego dodatkowych podstaw do odrzucenia oferty, w żaden sposób nie wpłynie na sytuację Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jego oferta nie może być przywrócona do tego postępowania i ponownie oceniana. Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu takiego wpływu, nawet potencjalnego, nie można stwierdzić. Zatem odwołanie w całości należało oddalić.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrzystą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....