

WYROK

Warszawa, dnia 27 marca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Elżbieta Dobrenko
M.J.

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2026 r. przez wykonawcę **FUDEKO S.A., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia,** w postępowaniu prowadzonym przez: **Centrum Onkologii im. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. Dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz,** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Impel Catering sp. z o.o., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław,**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....
.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Onkologii im. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. Dr I. Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz, prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie pn. „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia Bloku Żywniowego”, numer referencyjny: 385/N/2026.

W dniu 05.02.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FUDEKO S.A., ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 1714), zwanej dalej: „uokik”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Impel, jako:
 - a) złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, pomimo możliwości stwierdzenia przez Zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wybrany wykonawca w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Szpital św. Anny w Miechowie zawarł z innym wykonawcą – Foodkar J.W. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, polegającego na uzgodnieniu przez Impel i Foodkar cen złożonych przez nich ofert, a w konsekwencji tego:
 - b) złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy celem porozumienia zawartego pomiędzy wykonawcami było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym, zagrażające interesowi innych przedsiębiorców,
- 2) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 1 – art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od Impel wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie możliwości wystąpienia wobec wybranego wykonawcy przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo dysponowania przez Zamawiającego dokumentami, których treść uzasadniała zasadność skierowania takiego żądania,
- 3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Impel do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125

ust. 1 ustawy Pzp, tj. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2025 r., poz. 514),

- 4) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Impel do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny oferty, podczas gdy z Formularza cenowego wykonawcy wynika, że pozostanie mu mniej niż 122 tys. złotych miesięcznie na pokrycie pozostałych (tj. poza kosztem surowców) niezbędnych kosztów wykonania usługi, tj. co najmniej:
- a) kosztów pracy, w wysokości zgodnej z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - b) kosztów sukcesywnego zaopatrywania przez cały okres świadczenia usług w zużywający się drobny sprzęt i naczynia stołowe, oraz zestawy tac termoizolacyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (pkt 3.2.10 SWZ),
 - c) kosztów wyposażenia wszystkich wynajętych pomieszczeń niskiego i wysokiego parteru budynku Bloku Żywniowego (pkt 3.1. załącznika nr 7 do SWZ),
 - d) kosztów bieżących napraw i remontów oraz kosztów eksploatacyjnych związanych z funkcjonowaniem restauracji Fantazja (pkt 3.5 SWZ),
 - e) kosztów utrzymania czystości wszystkich wynajmowanych pomieszczeń oraz sprzętu w restauracji „Fantazja” zgodnie z wymogami higieniczno-sanitarnymi (pkt 3.2.7. SWZ),
 - f) kosztów eksploatacji związanej z funkcjonowaniem wynajętych i wyposażonych pomieszczeń Bloku Żywniowego (pkt 3.3 SWZ),
 - g) kosztów zapewnienia naczyń i sztućców jednorazowego użytku (pkt 1.23 SWZ),
 - h) kosztów zapewnienia ujednoliconej odzieży ochronnej dla pracowników (pkt 2.1 SWZ),
 - i) doposażenie pomieszczeń Restauracji Fantazja mieszczących się w budynku Bloku Żywniowego w sprzęt technologiczny w zakresie niezbędnym do zgodnego z przepisami sanitarnymi (pkt 3.1. SWZ),
 - j) kosztów zagospodarowania odpadów pokonsumpcyjnych (pkt 2.35 SWZ),
 - k) kosztów wykonania badań wartości odżywczych potraw dietetycznych (pkt 1.24 SWZ),
 - l) kosztów wykonania badań na czystość mikrobiologiczną urządzeń, sprzętu i powierzchni mających kontakt z żywnością oraz rąk personelu (pkt 1.25 SWZ),
 - m) kosztów wyposażenia wszystkich pomieszczeń kucharek oddziałów łóżkowych w nowe kuchenki mikrofalowe (6 sztuk) (pkt 2.3 lit b SWZ),
- 5) art. 239 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania dalszego badania i oceny oferty, w tym odrzucenia oferty Impel,
- 3) ewentualnie – wezwania Impel do złożenia wyjaśnień co do wystąpienia wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wezwania do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny oferty.

W dniu 09.02.2026 r. wykonawca Impel Catering sp. z o. o., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.03.2026 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie z wyjątkiem zarzutu nr 3, który został przez Zamawiającego uwzględniony. W dniu 18.03.2026 r. Przystępujący poinformował o niezgłaszaniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 3, w pozostałym zakresie wniósł natomiast o oddalenie odwołania.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego odwołania w zakresie zarzutu nr 3 i brakiem wniesienia w tym zakresie sprzeciwu przez Przystępującego, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska co do pozostałych zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych przez Zamawiającego realizowanych w systemie mieszanym:

- a) restauracyjnym – świadczonym w modelu „stołu szwedzkiego” dla ok. 130 pacjentów,
- b) dystrybucji posiłków w oddziałach szpitalnych Zamawiającego dla ok. 130 pacjentów.

Przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie restauracji „Fantazja” dla konsumenta zewnętrznego oraz dla pacjentów, w ruchu ciągłym (również w dni świąteczne). Pomieszczenia restauracji wraz z wyposażeniem wykonawca musi wynająć od Zamawiającego.

W dniu 09.01.2026 r. Zamawiający zaprosił do negocjacji czterech wykonawców, w tym Odwołującego i Przystępującego. Następnie w dniu 15.01.2026 r. Zamawiający zaprosił tych samych wykonawców do składania ofert przekazując im także specyfikację warunków zamówienia (dalej: „SWZ”).

W rozdziale 13 SWZ Zamawiający wskazał, że jednostką kalkulacyjną ceny oferty jest 1 osobodzień żywienia. Wykonawca powinien podać cenę osobodnia żywienia brutto. W cenę 1 osobodnia powinny być wliczone następujące elementy:

- koszty wsadu do kotła,
- koszty przygotowania posiłków,
- koszty dystrybucji posiłków do pacjenta,
- koszt mediów oraz inne koszty związane z eksploatacją wynajętej infrastruktury Bloku Żywniowego,
- pozostałe koszty (np.: uposażenie pracowników, związane z komfortem spożywania posiłków w restauracji - klimatyzacja).

Pismem z dnia 21.01.2026 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi m.in. na pytanie nr 38 dotyczące SWZ:

„Mając na uwadze unieważnione postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 220/P/2025 oraz sporną między Wykonawcami kwestię możliwości uwzględnienia w kalkulacji oferty przyszłych i niepewnych zysków z prowadzenia restauracji Fantazja na rzecz klientów zewnętrznych, prosimy o jednoznaczne wskazanie czy Zamawiający dopuszcza takie kalkulowanie ceny ofertowej za żywienie pacjentów. W związku z powyższym prosimy o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania:

1. Czy w celu zapewnienia porównywalności ofert, Zamawiający potwierdza wymóg, że cena za 1 osobodzień żywienia pacjentów musi być skalkulowana w sposób całkowicie niezależny od potencjalnych i niepewnych przychodów z restauracji Fantazja?

2. Czy w przypadku, gdy cena ofertowa za żywienie pacjentów będzie rażąco niska, w sposób budzący wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, Zamawiający uzna za skuteczne wyjaśnienia oparte na założeniu finansowania deficytowej usługi żywienia pacjentów zyskiem z restauracji komercyjnej, w sytuacji, gdy Zamawiający sam nie posiada i nie udostępnił obiektywnych i rzeczywistych danych dot. rentowności restauracji Fantazja?

3. Czy Zamawiający dopuszcza złożenie oferty, w której cena za żywienie pacjentów (tzw. stawka osobodniowa) jest niższa niż suma kosztów surowca (wsad do kotła) i kosztów pracy, co wprost wskazywałoby na subsydiowanie skrośne z niepewnej części komercyjnej?

W przeciwnym razie, czy Zamawiający ma świadomość, że dopuści do sytuacji, w której Wykonawcy będą licytować się na wirtualne zyski z restauracji, co w przypadku ich nieosiągnięcia (np. z powodu kolejnych obostrzeń sanitarnych lub spadku liczby odwiedzających) doprowadzi do natychmiastowego zaprzestania żywienia pacjentów z powodu braku płynności finansowej kontraktu lub znaczącego spadku jakości świadczonych usług? Doświadczenia z lat ubiegłych (np. okres pandemii COVID-19) jednoznacznie pokazują, że działalność komercyjna w obiektach szpitalnych obciążona jest wysokim ryzykiem. W związku z tym, przetrwanie ryzyka gospodarczego z części komercyjnej na cenę usługi publicznej (żywienie pacjentów) zagraża ciągłości realizacji zamówienia.

Odpowiedź:

Zgodnie z pkt. 13.1 SWZ: Oferowana przez Wykonawcę cena oferty to cena brutto oferty, obejmująca wszystkie rabaty i upusty i traktowana jako ostateczna do zapłaty przez Zamawiającego, określona do dwóch miejsc po przecinku. Jednostką kalkulacyjną ceny oferty jest 1 osobodzień żywienia. Wykonawca powinien podać cenę osobodnia żywienia brutto. W cenę 1 osobodnia powinny być wliczone następujące elementy:

- koszty wsadu do kotła,
- koszty przygotowania posiłków,
- koszty dystrybucji posiłków do pacjenta,
- koszt mediów oraz inne koszty związane z eksploatacją wynajętej infrastruktury Bloku Żywniowego,
- pozostałe koszty (np.: uposażenie pracowników, związane z komfortem spożywania posiłków w restauracji - klimatyzacja)”.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 4.413.216,96 zł brutto, a Odwołujący – 4.636.051,20 zł brutto. Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT wynosiła 5.027.592,24 zł brutto (choć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przeznaczył 5.000.000,00 zł brutto), natomiast średnia arytmetyczna ofert wynosiła 4.950.104,40 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty Przystępującego była niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT o ok. 12% i od średniej arytmetycznej ofert o ok. 11%. Różnica między cenami Przystępującego i Odwołującego wyniosła ok. 4,8%.

W dniu 26.01.2026 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące niedozwolonego porozumienia.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Zgodnie z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę:

2)a) jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

7) jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy zgodzić się z Zamawiającym, że istnieje różnica między zastosowaniem art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy w sytuacji, gdy zamawiający bada istnienie niedozwolonego porozumienia w tym postępowaniu, które aktualnie prowadzi. Natomiast art. 111 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do innych (zwykle wcześniejszych) postępowań, w których dany wykonawca dopuścił się zawarcia niedozwolonego porozumienia i w związku z tym przez okres 3 lat podlega on wykluczeniu z kolejnych postępowań, w których bierze udział (z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp).

W niniejszej sprawie Odwołujący błędnie postawił zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, skoro powołuje się na niedozwolone porozumienie zaistniałe wg niego w innym postępowaniu, tj. w postępowaniu prowadzonym przez Szpital św. Anny w Miechowie. Niemniej jednak jeżeli okoliczności faktyczne zostały w odwołaniu jasno sformułowane Izba może dokonać subsumpcji samodzielnie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.06.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 69/24). Tak też jest w tej sprawie, gdyż Odwołujący jednoznacznie powołał się na niedozwolone porozumienie zaistniałe w postępowaniu prowadzonym przez ww. Szpital w Miechowie. Zatem Izba samodzielnie stwierdziła, że w istocie podstawą prawną zarzutu postawionego w odwołaniu jest art. 111 pkt 4 ustawy Pzp.

Przechodząc do argumentacji podniesionej przez Odwołującego w odwołaniu należy zauważyć, że dotyczy ona niedozwolonego porozumienia zawartego między Przystępującym a p. Jakubem Wiewiórką prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Foodkar J.W. w ww. postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Miechowie i została oparta na następujących okolicznościach faktycznych (w kolejności powoływanej w odwołaniu):

- 1) podwyższenie ceny oferty przez Przystępującego w drugim, powtórzonym przez Szpital w Miechowie postępowaniu, mimo że z powodu obniżenia wymagań spodziewana była w tym postępowaniu większa konkurencja,
- 2) podwyższenie ceny oferty przez Przystępującego w drugim, powtórzonym przez Szpital w Miechowie postępowaniu, mimo że Przystępujący powinien był wiedzieć, że cena ta przekroczy kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia (znaną mu z pierwszego postępowania), co miało umożliwić unieważnienie postępowania w razie wybrania oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
- 3) pełnienie od stycznia 2018 r. przez p. J.W. funkcji dyrektora operacyjnego w spółce Gomi Żywnienie sp. z o.o., której Impel S.A. jest współnikiem większościowym,
- 4) fakt, że funkcję wiceprezesa zarządu w Gomi Żywnienie sp. z o.o. i prezesa zarządu w Impel Catering sp. z o.o. pełni ta sama osoba – p. E.K., która w efekcie jest przełożonym p. Jakuba Wiewiórki w Gomi Żywnienie sp. z o.o.,
- 5) pełnienie w 2024 r. przez p. J.W. funkcji dietetyka z ramienia Gomi Żywnienie sp. z o.o. w szpitalu w Biłgoraju,
- 6) usunięcie przez p. J.W. informacji o pełnieniu funkcji dyrektora operacyjnego w spółce Gomi Żywnienie sp. z o.o. z portalu LinkedIn,
- 7) sytuacja z postępowania dotyczącego świadczenia usług cateringowych w Branżowym Centrum Umiejętności w Kluczkowicach, w którym Gomi sp. z o.o. oferując najniższą cenę nie złożyła wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dzięki czemu zamówienie uzyskał Foodkar z wyższą ceną,

8) fakt, że funkcję prezesa zarządu w Gomi Żywnie sp. z o.o. i w Gomi sp. z o.o. pełni ta sama osoba – p. Z.G., który w efekcie jest przełożonym p. Jakuba Wiewiórki w Gomi Żywnie sp. z o.o.

Odnosząc się do tak sformułowanej argumentacji przede wszystkim należy zauważyć, że zarzuty dotyczące niedozwolonego porozumienia zawartego między Przystępującym a Foodkar były już rozpoznawane przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 171/26 (wyrok z dnia 11.03.2026 r.). Sam Odwołujący przyznaje zresztą, że powziął informacje na ten temat z odwołania złożonego w tamtej sprawie. Okoliczności podniesione przez Odwołującego i wskazane powyżej w pkt 1, 3, 5 i 6 były już zatem oceniane w ww. wyroku KIO 171/26, w którym Izba stwierdziła co następuje (poniżej numeracja argumentów ze sprawy KIO 171/26):

„Po pierwsze zatem, odnosząc się do ww. okoliczności mających świadczyć o zawarciu niedozwolonego porozumienia, należy zauważyć, że:

(...) Ad. 2) Podwyższenie przez Przystępującego Impel ceny w drugim (powtórzonym) postępowaniu nie musi wskazywać na zawarcie jakiegokolwiek porozumienia, biorąc pod uwagę ceny ofert złożonych w pierwszym postępowaniu: Impel Catering sp. z o.o. – 30,89 zł netto za osobodzień, ADK Serwis sp. z o.o. – 37,96 zł netto, Fudeko S.A. – 52,30 zł netto. Nawet przewidując, że wskutek obniżenia wymagań w drugim postępowaniu oferty może złożyć większa liczba wykonawców (co też miało miejsce) Przystępujący Impel w dalszym ciągu w świetle cen ADK Serwis sp. z o.o. i Fudeko S.A. miał „przeźrzeć cenową” na to, by podnieść swoją cenę (do 33,49 zł netto) na tyle, by z jednej strony utrzymać ją na poziomie niższym niż spodziewane ceny ww. wykonawców, a z drugiej strony na poziomie pozwalającym zmaksymalizować swoje zyski w przypadku uzyskania zamówienia. Nie jest zatem tak, że zawarcie porozumienia z Przystępującym Foodkar jest jedynym logicznym wytłumaczeniem tego, że Przystępujący Impel podwyższył swoją cenę.

Ad. 3) Odwołujący twierdzi, że obaj Przystępujący złożyli w drugim postępowaniu oferty ze zbliżonymi cenami. W istocie jednak ceny te nie są bardzo zbliżone (29,26 zł netto i 33,49 zł netto), między ww. cenami mieściły się jeszcze ceny trzech innych wykonawców, a ceny pomiędzy większością ofert w drugim postępowaniu różniły się niejednokrotnie o kilkadziesiąt groszy, więc ponad 4-złotowa różnica między cenami obu Przystępujących nie jest taka mała. Przede wszystkim jednak należy zwrócić uwagę, że teza o zbliżonych cenach jest sprzeczna z tezą o celowym podwyższeniu ceny przez Przystępującego Impel w drugim postępowaniu. Jeżeli elementem porozumienia miałoby być złożenie ofert ze zbliżonymi cenami, to Przystępujący Impel powinien swoją cenę w drugim postępowaniu obniżyć dostosowując ją do ceny Przystępującego Foodkar, a nie podwyższyć. Argumentacja Odwołującego jest więc w tym zakresie wzajemnie sprzeczna i podważa argumentację o zawarciu niedozwolonego porozumienia.

Ad. 4) Spośród opisanych przez Odwołującego okoliczności potwierdziła się tylko jedna: Impel S.A. jest współnikiem w Gomi Żywnie sp. z o.o. oraz w Impel Catering sp. z o.o. Pozostałe informacje nie znalazły potwierdzenia w rzeczywistości: p. J.W. nie pełnił w Gomi Żywnie sp. z o.o. funkcji dyrektora operacyjnego, a jedynie dietetyka, nie mógł być zresztą zatrudniony w tej spółce od stycznia 2018 r., bo spółka ta istnieje od czerwca 2023 r. Natomiast usunięcie przez niego informacji o stanowisku dyrektora operacyjnego po zauważeniu zwiększonego zainteresowania na koncie LinkedIn wynikało z tego, że informacja ta była nieprawdziwa i chciał uniknąć potencjalnych konsekwencji związanych z jej pierwotnym zamieszczeniem. Takie wyjaśnienie tej kwestii jest, w ocenie Izby wiarygodne, zwłaszcza w sytuacji gdy nie ma wątpliwości co do daty powstania spółki Gomi Żywnie i faktycznej funkcji (dietetyka), jaką pełnił w niej p. J.W..

(...) Podniesione przez Odwołującego okoliczności nie są więc wyjątkowe, odbiegające od normalnych zachowań wykonawców na rynku, częściowo się też nie potwierdziły lub pozostają ze sobą w sprzeczności. Dlatego żadna z nich nie została przez Izbę uznana za wiarygodną przesłankę zawarcia przez ww. Przystępujących niedozwolonego porozumienia”.

Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w wyroku KIO 171/26 w zakresie ww. okoliczności faktycznych i nie znajduje podstaw do stwierdzenia w oparciu o nie zaistnienia niedozwolonego porozumienia.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że Odwołujący wskazał w odwołaniu, że p. J.W. był od stycznia 2018 r. dyrektorem operacyjnym w spółce Gomi Żywnie, a po odkryciu, że spółka ta powstała w 2023 r., zmodyfikował ten zarzut wskazując, że pozostaje on zasadny, bo w 1998 r. powstała spółka cywilna Z.G. K.G., następnie w 2022 r. powstała Gomi sp. z o.o., a w wyniku jej podziału - Gomi Żywnie sp. z o.o., zatem od stycznia 2018 r. „Pan J.W. był związany ze spółką Gomi”. Przede wszystkim należy podkreślić, że ww. zarzut w odwołaniu dotyczył wyraźnie Gomi Żywnie sp. z o.o., a nie żadnych innych spółek, a Izba nie rozpoznaje zarzutów niezawartych w odwołaniu, w tym także zarzutów zmodyfikowanych po wniesieniu odwołania (art. 555 ustawy Pzp). Ponadto nieistnienie spółki Gomi Żywnie sp. z o.o. w 2018 r. można było łatwo odkryć sprawdzając po prostu informację z KRS, więc skoro Odwołujący nie dochował należytej staranności formułując zarzut w tym zakresie, to fakt ten obciąża tylko jego, natomiast nie może stać się podstawą stwierdzenia zawarcia przez Przystępującego z Foodkar niedozwolonego porozumienia, skoro nie jest prawdziwy.

Przede wszystkim jednak Izba podkreśla, podobnie jak w sprawie KIO 171/26, że *dla stwierdzenia porozumienia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, konieczne jest wystąpienie celu w postaci zakłócenia konkurencji. Przy czym pojęcie „zakłócenia konkurencji” ma charakter ogólny, natomiast każdorazowo trzeba stwierdzić, jaki konkretny cel*

„zakłócający konkurencję” przyświecał wykonawcom, którym zarzuca się zawarcie porozumienia. Innymi słowy: konieczne jest ustalenie mechanizmu działania wykonawców w ramach niedozwolonego porozumienia i korzyści, jaką mieli wskutek zastosowania tego mechanizmu osiągnąć”. Nie jest zatem wystarczające zaistnienie określonych powiązań osobowych czy kapitałowych między wykonawcami, bo one same w sobie nie świadczą jeszcze o zawarciu niedozwolonego porozumienia, ale niezbędne jest też wskazanie, na czym to niedozwolone porozumienie polegało, jaki skutek w danym postępowaniu wykonawcy ci chcieli osiągnąć i w jaki sposób podejmowane przez nich działania bądź zaniechania wpisywały się, służyły osiągnięciu tego skutku. Trzeba zatem pokazać mechanizm działania wykonawców w danym postępowaniu świadczący o zamiarze osiągnięcia przez nich wspólnie określonego celu zakłócającego konkurencję.

W sprawie KIO 171/26 odwołujący (konsorcjum Ever Medcare sp. z o.o. i Ever Medical sp. z o.o.) wskazał jako cel zawarcia niedozwolonego porozumienia doprowadzenie do sytuacji, w której Foodkar miałby uzyskać zamówienie w Szpitalu w Miechowie, a Impel Catering miałby być jego podwykonawcą. Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne opisane w tamtej sprawie nie potwierdzają takiego celu i mechanizmu działania obu wykonawców. Natomiast w niniejszej sprawie Odwołujący wskazał jedynie mechanizm działania Foodkar i Gomi sp. z o.o. w postępowaniu dotyczącym zamówienia w Kluczkowicach (brak złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Gomi sp. z o.o., żeby Foodkar z wyższą ceną mógł „wygrać” przetarg). Pomijając to, że w postępowaniu dotyczącym Kluczkowic Przystępujący w ogóle nie brał udziału, przede wszystkim należy podkreślić, że przecie Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Przystępującego nie z powodu niedozwolonego porozumienia zaistniałego w postępowaniu dotyczącym Kluczkowic, ale z powodu niedozwolonego porozumienia zaistniałego w postępowaniu dotyczącym Szpitala w Miechowie. Zatem dla wykazania zasadności swoich zarzutów Odwołujący powinien wskazać cel oraz mechanizm działania Przystępującego i Foodkar prowadzący do osiągnięcia tego celu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Miechowie. Tymczasem Odwołujący w ogóle takiego celu i mechanizmu działania w odwołaniu nie wskazał.

Odwołanie ogranicza się do wymienienia szeregu powiązań personalnych i kapitałowych między p. Jakubem Wiewiórką (Foodkar) i spółkami z grupy Impel, ale jak wskazano już wyżej sam fakt istnienia powiązań nie świadczy o zawarciu jakiegokolwiek porozumienia. Dotyczy to także okoliczności, które nie zostały wskazane w odwołaniu w sprawie KIO 171/26, a zostały opisane w niniejszym odwołaniu, tj. okoliczności z ww. pkt 2, 4, 7 i 8. Nawet pełnienie bowiem przez p. Elżbietę Kantowicz i p. Zbigniewa Górkę funkcji zarządczych w spółkach Gomi Żywnie sp. z o.o., Gomi sp. z o.o. i Impel Catering sp. z o.o. i związana z tym podległość służbowa p. Jakuba Wiewiórki wobec nich, nie świadczy sama w sobie o zawarciu niedozwolonego porozumienia. Podobnie, jak wskazano już wyżej, działanie Gomi sp. z o.o. w postępowaniu dotyczącym Kluczkowic nie świadczy o tym (i nie potwierdzają tego żadne okoliczności), że analogiczne cel i działania miały miejsce w postępowaniu dotyczącym Szpitala w Miechowie. Wreszcie Odwołujący nie wskazał, dlaczego Przystępującemu i Foodkar miałyby zależeć na unieważnieniu postępowania prowadzonego przez Szpital w Miechowie, jaką korzyść mieliby z tego osiągnąć. Nie jest przy tym rolą Izby domyślanie się intencji Odwołującego i budowanie argumentacji odwołania za niego. To Odwołujący stawia zarzuty i Odwołujący musi je wykazać w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania (czyli w jego treści), jak też na nim spoczywa ciężar dowodu zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp.

Tymczasem żadna z okoliczności opisanych w odwołaniu osobno (powyżej punkty 1 – 8) ani wszystkie one razem nie świadczą o zawarciu przez Foodkar i Przystępującego niedozwolonego porozumienia w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Miechowie. Jak Izba zauważyła już wyżej, Odwołujący poza wymienieniem powiązań osobowych i kapitałowych, nie wskazał bowiem żadnego logicznego ciągu wydarzeń zaistniałych w tym konkretnym postępowaniu, które miałyby stanowić wiarygodne przesłanki zawarcia takiego porozumienia. W szczególności nie wskazał celu, który wykonawcy ci chcieli osiągnąć w postępowaniu dotyczącym Szpitala w Miechowie i zaplanowanej metodzie osiągnięcia tego celu, czyli konkretnych działań/zaniechań podjętych przez Przystępującego i Foodkar, które miały prowadzić do osiągnięcia takiego celu. A raz jeszcze należy przypomnieć, że właśnie z powodu niedozwolonego porozumienia zawartego w tym postępowaniu Odwołujący sformułował zarzuty nr 1 i nr 2. Skoro zatem na podstawie treści odwołania nie można stwierdzić, na czym miałyby polegać niedozwolone porozumienie Przystępującego i Foodkar zawarte w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Miechowie, to nie można stwierdzić – mimo pokazanych powiązań - że porozumienie takie w ogóle miało miejsce. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp ani podstaw do stwierdzenia złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutu ewentualnego nr 2 dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie przesłanki wykluczenia z powodu zawarcia niedozwolonego porozumienia, przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący jako podstawę prawną tego zarzutu wskazał art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten w zdaniu pierwszym stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub

oświadczeń. Art. 223 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy zatem przede wszystkim wyjaśnienia treści oferty i przedmiotowych środków dowodowych, pozostałe dokumenty i oświadczenia nie zostały zaś przez ustawodawcę zdefiniowane, niemniej jednak w kontekście całej treści tego przepisu należy założyć, że te „inne składane dokumenty lub oświadczenia” również muszą dotyczyć kwestii przedmiotowych (oferowanego przedmiotu zamówienia), a nie podmiotowych (zdolności i statusu samego wykonawcy). Odwołujący domaga się zaś wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień „dotyczących treści oferty oraz okoliczności mogących świadczyć o wystąpieniu przesłanki wykluczenia”, ale nie wskazał, co konkretnie w tej ofercie miałyby podlegać wyjaśnieniu (cena, jakaś informacja?), a ponadto przesłanka wykluczenia z powodu niedozwolonego porozumienia nie ma charakteru przedmiotowego, a przynajmniej w tej sprawie Przystępujący nie wskazał, jakie okoliczności tego porozumienia miałyby mieć taki właśnie przedmiotowy charakter, który uprawniałby do wystąpienia o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie znalazła zatem podstaw do zastosowania tego przepisu w celu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie niedozwolonego porozumienia.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że obowiązek wezwania wykonawców podejrzewanych o zawarcie niedozwolonego porozumienia do złożenia wyjaśnień został przewidziany w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale dotyczy on tylko wykonawców pozostających w tej samej grupie kapitałowej. Tymczasem Przystępujący i Foodkar nie należą do tej samej grupy kapitałowej, a przecież właśnie na rzekomym porozumieniu tych wykonawców w postępowaniu prowadzonym przez Szpital w Miechowie Odwołujący oparł zarzuty nr 1 i nr 2. Jak wskazano już w sprawie KIO 171/26: „Przystępujący nie należą bowiem do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2025 r. poz. 1714 ze zm.), tj. nie należą do grupy rozumianej jako grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tymczasem zawarty w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zwrot: „chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie” odnosi się właśnie do wykonawców należących do grupy kapitałowej. Na taką wykładnię ww. przepisu wskazuje nie tylko jego treść, ale też porównanie do art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej, w którym ustawodawca unijny nie przewidział możliwości wykazywania przez wykonawców, że złożyli oferty niezależnie od siebie. Obowiązek dania wykonawcom takiej szansy wynika natomiast z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego ubiegania się o zamówienie publiczne konkretnie tej grupy wykonawców, między którymi występuje stosunek dominacji lub z których jeden wywiera na drugiego znaczny wpływ. M.in. w wyroku z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 Trybunał stwierdził: „prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania” (por. pkt 27 – 33 ww. wyroku). Zatem z porównania treści art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej (dotyczącego ogółu wykonawców) i orzecznictwa TSUE dotyczącego grup kapitałowych wynika, że jedynie w przypadku zakłócenia konkurencji polegającego na złożeniu odrębnych ofert (lub wniosków) przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej zamawiający zobowiązany jest umożliwić im złożenie wyjaśnień w celu wykazania, że przygotowali oni oferty (lub wnioski) niezależnie od siebie. Skoro natomiast w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z przynależnością Przystępujących do jednej grupy kapitałowej, to nie można zarzucić Zamawiającemu, że nie wezwał ich do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jak też nie można mu tego nakazać. (...) Stanowisko identyczne jak wyżej zostało przez Izbę sformułowane w wyroku KIO 3667/24 z dnia 31.10.2024 r., na który została wniesiona skarga do Sądu Okręgowego, który w wyroku z dnia 20.02.2025 r. o sygn. akt sygn. akt XXIII Zs 176/24 potwierdził jego prawidłowość stwierdzając: „w odniesieniu do kolejnego zarzutu najistotniejszego z punktu widzenia art. 108 pkt 5 ustawy PZP, czyli zarzutu zaniechania wezwania obu wykonawców do wykazania, że przygotowali oferty niezależnie od siebie, Sąd Okręgowy podziela ocenę, iż zawarty w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP zwrot: „chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie” odnosi się do wykonawców należących do grupy kapitałowej (ww. wykonawcy nie należą jednak do grupy kapitałowej, co zresztą sam skarżący podkreślał wielokrotnie). Za powyższym przemawia po pierwsze w sposób jednoznaczny wykładnia literalna ww. przepisu, ale także fakt, iż przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej, stanowiąc jeden organizm gospodarczy, co do zasady nie konkurują ze sobą, ponieważ jako grupa kapitałowa realizują wspólny cel gospodarczy. Z tego powodu uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dwóch lub więcej przedsiębiorców wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej rodzi podejrzenie, że łączy ich niedozwolone porozumienie, którego celem jest zakłócenie/ograniczenie konkurencji. Ustawodawca nakazał zatem przyjąć istnienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej w sytuacji, gdy doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co każdy z tych wykonawców może kontestować przeciwdowodami, zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.” Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia obowiązku wezwania

Przystępującego do złożenia wyjaśnień ani na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ani na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (pomijając brak możliwości jego zastosowania ze względu na fakt, że zarzuty dotyczą innego postępowania niż obecnie prowadzone przez Zamawiającego).

Izba oddaliła też wnioski dowodowe Odwołującego przekazane wraz z pismem procesowym z dnia 24.03.2026 r. („replika do odpowiedzi na odwołanie”), które dotyczyły okoliczności zaistniałych w postępowaniach prowadzonych przez Dzienny Dom „Senior-Wigor”, Zdrowie w Dolinie Zielawy sp. z o.o. oraz Powiatowe Centrum Zdrowia w Opolu Lubelskim ponieważ okoliczności te nie zostały opisane w odwołaniu. Tymczasem zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to – jak Izba wielokrotnie wskazywała już w swoich wyrokach - że argumentacja (okoliczności faktyczne lub prawne) niezawarta w odwołaniu, a podnoszona przez odwołującego na dalszym etapie postępowania odwoławczego np. w kolejnych pismach procesowych lub na rozprawie, nie może być wzięta przez Izbę pod uwagę, gdyż stanowi już nowe zarzuty. Po wniesieniu odwołania odwołujący może jedynie odnosić się do stanowiska zamawiającego lub przystępującego i składać (do zamknięcia rozprawy – art. 535 ustawy Pzp) dowody na odparcie ich stanowisk lub dowody na poparcie swoich zarzutów, ale tylko tych zarzutów, które zostały wskazane w odwołaniu. Nie może natomiast rozszerzać swojej argumentacji faktycznej i prawnej zawartej w odwołaniu, np. z tego powodu że dopiero po wniesieniu odwołania zorientował się, że dobrze byłoby podnieść kolejny argument lub dobrze byłoby zmienić coś w dotychczasowej argumentacji. Takie nowe lub zmienione argumenty stanowią w istocie nowe zarzuty, które zgodnie z art. 555 ustawy Pzp nie mogą być przez Izbę rozpoznane. Dlatego niezwykle istotne jest, aby odwołujący pisząc odwołanie ujął w nim wszystkie argumenty faktyczne i prawne w sposób przemyślany, ponieważ na dalszych etapach postępowania odwoławczego nie będą one mogły być już zmieniane czy rozszerzane. Argumenty te, rozumiane jako zarzuty, stają się bowiem wiążące zarówno dla odwołującego, jak i dla Izby. Przy czym zakaz ten dotyczy także rozszerzania czy zmiany zarzutów „pod przykrywką” składania dowodów, jeżeli dowody te nie dotyczą okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w odwołaniu.

Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji po złożeniu odwołania prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne lub prawne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontrydiktoryjne postępowanie odwoławcze. W szczególności bowiem zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się np. dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego zakaz rozpoznawania przez Izbę zarzutów niezawartych w odwołaniu ma charakter nie tylko formalny, ale służy też respektowaniu zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

Powyższe znajduje potwierdzenie w konsekwentnym orzecznictwie Izby i Sądu Okręgowego, np. w wyroku z dnia 09.05.2024 r. o sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym Sąd stwierdził: „Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie określonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (...). Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań. Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne”.

Reasumując, w świetle art. 555 ustawy Pzp Izba rozpoznaje tylko zarzuty zawarte w odwołaniu, co należy rozumieć jako rozpoznanie odwołania tylko w granicach okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w tym odwołaniu. Tym samym okoliczności faktyczne i prawne podnoszone przez odwołującego już po złożeniu odwołania (również poprzez złożenie dowodów nietyczących żadnych okoliczności faktycznych zawartych w odwołaniu) muszą

być traktowane jako nowe zarzuty i nie mogą zostać przez Izbę rozpoznane, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 555 ustawy Pzp. Dlatego Izba nie rozpoznała nowych zarzutów sformułowanych przez Odwołującego dopiero w jego piśmie procesowym z 24.03.2026 r. i wynikających z dołączonych do tego pisma dowodów.

Reasumując, poczynione ustalenia nie dają podstaw do wzywania Przystępującego do składania wyjaśnień dotyczących niedozwolonego porozumienia i do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (ani tym bardziej – art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Dlatego odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 zostało oddalone.

Zarzuty dotyczące wezwania w sprawie rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp:

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

W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, tj. obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień z powodu tego, że cena jego oferty jest o co najmniej 30% niższa od wskaźników wskazanych w tym przepisie. Nie oznacza to jednak, że możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień została całkowicie wyłączona. Zamawiający może bowiem dokonać takiego wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W niniejszej sprawie należy zatem ocenić, czy zachodzą ww. przesłanki wymienione w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i czy w związku z tym Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że przesłanką zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest podejrzenie zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny lub inne wątpliwości zamawiającego co do tej ceny. Tymczasem w niniejszym postępowaniu ceny obu złożonych ofert są do siebie zbliżone (4.413.216,96 zł brutto i 4.636.051,20 zł brutto – różnica ok. 4,8%), jak też cena oferty Przystępującego nie odstaje w istotny sposób od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT (5.027.592,24 zł brutto – różnica ok. 12%) czy średniej arytmetycznej ofert (4.950.104,40 zł brutto – różnica ok. 11%). Ww. różnice mieszczą się w typowym przedziale wartości cenowych, których różna wysokość wynika po prostu z indywidualnej metody kalkulacji ceny przez różne podmioty. Tym samym trudno stwierdzić, z jakiego powodu w tych okolicznościach cena oferty Przystępującego miałaby się wydawać rażąco niska lub budzić wątpliwości Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego odnosząc się do wyliczeń zawartych w odwołaniu, należy zauważyć, że częściowo opierają się one na danych wskazanych przez Zamawiającego w SWZ, ale częściowo też na pewnych założeniach Odwołującego, które nie muszą być właściwe dla sposobu kalkulacji ceny przez Przystępującego.

W szczególności należy zauważyć, że Zamawiający poza wymogiem dysponowania jednym dietetykiem, jednym menagerem i sześcioma kucharzami nie narzucił liczby osób, które muszą wykonywać przedmiotowe zamówienie. Odwołujący twierdzi, że zakładane przez Przystępującego w poprzednim postępowaniu 16 osób nie wystarczy do wykonania usługi, ale Zamawiający wskazuje, że obecnie Odwołujący realizuje ją za pomocą 9 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz zmiennej liczby osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenie. Dodatkowo Przystępujący podnosi, że czas wydawania posiłków na oddziałach (śniadanie i obiad przez 2,5 godziny, kolacja przez 2 godziny) oraz fakt, że w restauracji nie ma usługi kelnerskiej również ma wpływ na liczbę osób, które są potrzebne do obsługi tego elementu zamówienia. Izba rozumie przy tym, że wykonywanie niniejszej usługi przez ponad 10 lat na rzecz Zamawiającego świadczy o dużym doświadczeniu Odwołującego, ale nie wyklucza to możliwości opracowania przez innego wykonawcę innej autorskiej koncepcji realizacji tego zamówienia, w tym również w zakresie sposobu organizacji pracy, podziału zadań między różne osoby i wynikającej z tego liczby potrzebnych osób. Jak słusznie wskazał

Zamawiający: „Przepisy ustawy PZP nie nakładają bowiem na wykonawców obowiązku stosowania identycznego modelu organizacyjnego ani nie wymagają, aby wszyscy wykonawcy kalkulowali koszty pracy w oparciu o takie same założenia”.

Nie można również przyjąć za właściwe kosztów sprzętu, które Odwołujący wyliczył na str. 34-37 odwołania w kwocie 455.698,14 zł. Przede wszystkim fakt, że pracownica Przystępującego zwróciła się do Odwołującego o przedstawienie ceny za odkupienie sprzętu obecnie wykorzystywanego przez Przystępującego, nie świadczy o tym, że Przystępujący nie dysponuje innym sprzętem i że musi ponieść koszty jego zakupu właśnie w kwocie podanej w odwołaniu. Oczywistym jest, że najłatwiej jest podjąć działalność w danym miejscu wykorzystując sprzęt już tam istniejący, ale nie oznacza to że w razie niemożności jego nabycia (np. z powodu niechęci obecnego właściciela do sprzedaży lub z powodu za wysokiej ceny) Przystępujący nie dysponuje innym sprzętem, który może do tego miejsca przenieść. Przystępującemu też przecież w jakichś miejscach kończą się kontrakty, a w innych miejscach uzyskuje nowe zamówienie, zatem nie musi każdorazowo kupować nowego wyposażenia, ale może wykorzystywać dotychczas posiadane lub też wdzierżawić odpowiedni sprzęt. Ponadto trudno stwierdzić, na podstawie jakich danych Odwołujący ustalił ceny poszczególnych urządzeń wymienionych w odwołaniu, bo przecież używany przez niego sprzęt nie jest nowy i również wykonawca, które uzyska to zamówienie nie ma obowiązku używać sprzętu całkowicie nowego. Zatem kwota 455.698,14 zł doliczona przez Odwołującego do kosztów, jakie musi ponieść wg niego Przystępujący, nie jest wiarygodna.

Nie można przy tym pominąć, że na str. 37 odwołania Odwołujący zamieścił tabelę, w której wskazał w poz. 2, 4 i 6 miesięczne koszty, które jego zdaniem Przystępujący musi ponieść w celu realizacji tego zamówienia:

| POZYCJA | | IMPEL |
|---------|---|---------------|
| 1 | Przychody miesięczne (zgodnie z ofertą) | 340 526,00 zł |
| 2 | Koszty wskazane przez zamawiającego lub zgodnie z ofertą | 218 740,78 zł |
| 3 | Pozostaje na pokrycie pozostałych kosztów (poz.1 - poz.2) | 121 785,22 zł |
| 4 | Koszt pracy pracodawcy – wynagrodzenia + wynagr.urllop. | 140 636,19 zł |
| 5 | Wynik po odjęciu kosztów pracy (poz.3 - poz. 4) | -18 850,97 zł |
| 6 | Pozostałe koszty + amortyzacja | 21 096,48 zł |
| 7 | Wynik końcowy (poz.5 - poz. 6) | -39 947,45 zł |

Należy zwrócić uwagę, że suma kosztów z poz. 2, 4 i 6 wynosi 380.473,45 zł i jest wyższa od miesięcznej wartości netto oferty Odwołującego (357.720,00 zł) o 22.753,45 zł. Przy czym zwłaszcza koszty z poz. 2 i 4 były opisywane przez Odwołującego jako w istocie stałe, bo uwzględniające dane wskazane w SWZ oraz koszty pracownicze, które sam Odwołujący ustalił w oparciu o sporządzony przez siebie grafik odzwierciedlający „wyłącznie stanowiska i czas pracy wskazane bezpośrednio lub pośrednio w dokumentacji przetargowej i nie ma tu znaczenia indywidualna organizacja pracy (co często jest podnoszone przez Wykonawców), gdyż ograniczeniem są tu wyłącznie oczekiwania Zamawiającego i prawo pracy. Tym samym przedstawiona liczba godzin pracy stanowi absolutne minimum określone pośrednio w dokumentacji przetargowej”. Przy czym nawet gdyby zsumować tylko koszty z poz. 2 i 4 (z pominięciem poz. 6), to nadal uzyskany wynik – 359.376,97 zł - byłby wyższy od ceny Odwołującego o 1.656,97 zł. Zatem wyliczenia Odwołującego nie mogą być uznane za wiarygodne i obiektywne, bo podważałyby prawidłowość kalkulacji ceny nawet jego własnej oferty.

Ponadto słusznie Przystępujący zwrócił uwagę na to, że niniejsze postępowanie jest drugim prowadzonym przez Zamawiającego (pierwsze zostało unieważnione) i w obu złożyli oferty ci sami czterej wykonawcy, spośród których trzech podwyższyło swoje ceny w drugim postępowaniu, a tylko Odwołujący obniżył ją z 64,90 zł za osobodzień do 52,84 zł, tj. o ok. 18,5%. Wprawdzie w drugim postępowaniu Zamawiający zrezygnował z wymogu, aby koszt wsadu surowcowego do kotła był nie niższy niż 50% wartości ceny brutto w żywieniu pacjentów, ale przecież rezygnacja z tego wymogu dotyczyła w takim samym stopniu wszystkich wykonawców. Zatem nie można uznać, że wyłącznie brak tego wymogu w drugim postępowaniu spowodował zmianę ceny przez Odwołującego i pozostałych wykonawców, ale prawdopodobnie powodem było też to, że wykonawcy poznali już swoje ceny i możliwości finansowe Zamawiającego w pierwszym postępowaniu i zmodyfikowali sposób kalkulacji tak, by zwiększyć swoje szanse na wygraną i potencjalne zyski w drugim postępowaniu (różnica między najwyższą i najniższą ceną za osobodzień w pierwszym postępowaniu wynosiła 19,31 zł, a w drugim – już tylko ok. 12,22 zł). To pokazuje, że wykonawcy mają pewien zakres możliwości dopasowania kalkulacji ceny tak, by z jednej strony dostosować ją do warunków realizacji zamówienia i cen konkurencji, a z drugiej strony – by cena ta gwarantowała im odpowiedni zysk. Przy czym nie da się pominąć faktu, że w największym stopniu wysokość ceny zmienił właśnie Odwołujący, więc nie jest wiarygodna jego argumentacja podważająca kalkulację Przystępującego, którego cena różni się raptem o ok. 4,8% od jego własnej ceny.

W świetle wszystkich powyższych ustaleń Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że cena oferty Przystępującego powinna się wydawać Zamawiającemu rażąco niska lub budzić jego wątpliwości. Co za tym idzie, w ocenie Izby, nie ma podstaw do wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i

dlatego odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 również zostało oddalone.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....