

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak – Żuraw**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 sierpnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2011 r. przez Odwołującego - **Zbigniewa Górkę, Katarzynę Górkę prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka, ul. Modrzewiowa 4, 24-320 Poniatowa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź,**

przy udziale wykonawcy **Serenissima Polska Sp. z o.o., Al. Politechniki 3a, 90-924 Łódź,** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Zbigniewa Górkę, Katarzynę Górkę prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka, ul. Modrzewiowa 4, 24-320 Poniatowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Zbigniewa Górkę, Katarzynę Górkę prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka, ul. Modrzewiowa 4, 24-320 Poniatowa,** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Odwołującego - **Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka, ul. Modrzewiowa 4, 24-320 Poniatowa**, na rzecz Zamawiającego - **Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi Szpital im. dr J. Babińskiego, ul. Aleksandrowska 159, 91-229 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Usługa gastronomiczna dla pacjentów Specjalistycznego Psychiatrycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Łodzi”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 maja 2011 r. pod nr 2011/S 93-152475.

W dniu 8 lipca 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 18 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki, prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka, ul. Modrzewiowa 4, 24-320 Poniatowa (dalej „Odwołujący”), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na :

1. wyborze oferty złożonej przez Serenissima Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Serenissima Polska Sp. z o.o z powodu tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Catermed Sp. z o.o. z powodu tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez spółkę GREK RTC S.A. z powodu tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Serenissima Polska Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca nie złożył wyczerpujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny,

złożone wyjaśnienia nie zawierają uzasadnienia dla ceny wskazanej w ofercie, co stanowi jednoznaczne potwierdzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

6. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Catermed Sp. z o.o. pomimo tego, że wykonawca nie złożył wyczerpujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia nie stanowią uzasadnienia dla ceny wskazanej w ofercie, co jednoznacznie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
7. niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez GREK RTC S.A. pomimo tego, że wykonawca nie złożył wyczerpujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia potwierdzają to, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym, czynnościom Zamawiającego zarzucał naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania bez zapewnienia zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, a w jego następstwie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenia w zakresie tego, że oferty złożone przez Serenissima Polska Sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. i GREK RTC S.A. zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w ich następstwie zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców, pomimo faktu, że oferty te zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty złożonej przez Serenissima Polska sp. z o.o.;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez Serenissima Polska sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. i GREK RTC S.A. na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp;
5. nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej;
6. dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania:
 - a) wyjaśnień udzielonych przez Serenissima Polska Sp. z o.o. z dnia 7 lipca 2011 r.,

- b) wyjaśnień udzielonych przez Catermed Sp. z o.o. z dnia 6 lipca 2011 r.,
 - c) wyjaśnień udzielonych przez GREK RTC S.A. z dnia 7 lipca 2011 r.,
 - d) kserokopii kart ofert poszczególnych wykonawców stanowiących zał. Nr 5 z wykazem pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia,
7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych.

Odwołujący wskazywał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jest uczestnikiem postępowania, który złożył ofertę. Jego oferta nie została odrzucona ani on sam wykluczony z postępowania. W dniu 15 lipca 2011 r. Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Zaniechanie przez Zamawiającego czynności określonych w ustawie Pzp i wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która zawiera rażąco niską cenę i jako taka powinna zostać odrzucona oraz zaniechanie odrzucenia pozostałych dwóch ofert, które również zawierały rażąco niską cenę, pozbawia Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraconych korzyści, które uzyskałby jako przychody z tytułu realizacji zamówienia, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp i wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podnosił, iż w myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie rażącego zaniżenia ceny istnieje obowiązek wyjaśnienia treści tych ofert. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z szacunkową wartością zamówienia lub cenami rynkowymi (wyrok SO w Radomiu z 14 lutego 2006 r., sygn. IV Ca 28/06, wyrok KIO z 14 lutego 2008 r., sygn. KIO/UZP 73/08). Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi. Podanie w ofertach konkurentów rażąco niskiej ceny, wyraźnie różniące się od kalkulacji zawartych w ofercie Odwołującego, może świadczyć o nierzetelności zastosowanej przez nich kalkulacji, a tym samym stwarza potencjalne ryzyko nienależytego wykonania lub niewykonania zamówienia w przyszłości.

Odwołujący wskazywał, iż analiza poszczególnych składników cenotwórczych zawartych w ofertach złożonych przez Serenissima Polska sp. z o.o., GREK RTC S.A. i Catermed sp. z o.o. oraz wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego prowadzi do wniosku, że podany koszt posiłków został skalkulowany poniżej poziomu jego rzeczywistego wytworzenia i w żaden sposób

wykonawcy ci nie wskazali rzeczowych argumentów, które mogłyby uzasadniać zaproponowaną cenę. Podane przez nich ceny rażąco odbiegają od cen rynkowych. Jednocześnie w złożonych przez wykonawców wyjaśnieniach nie można doszukać się jakichkolwiek przyczyn, warunków czy zależności mających wpływ na zaproponowaną cenę i wielkość upustu. Biorąc pod uwagę nakład pracy, zużycie mediów, czynsz, transport i inne elementy, na które zwracał uwagę również Zamawiający, podane przez wykonawców koszty należy uznać za nierzeczywiste, a ocenę ich wyjaśnień dokonaną przez Zamawiającego - za nieprawidłową.

Odwołujący prezentował następujące zarzuty odnoszące się do wyjaśnień poszczególnych oferentów.

I. Oferta i wyjaśnienia Serenissima Polska sp. z o.o.

Oferowana wartość zamówienia netto 1.873.899,92 zł (brutto 2.023.809,75 zł). Cenę „osobodnia” poszczególnych diet skalkulowano na poziomie :

- dla diety składającej się z 3 posiłków - 8,19 zł netto,
- dla diety składającej się z 5 posiłków - 8,82 zł netto,
- dla diety składającej się z 2 posiłków - 6,15 zł netto,

Zarzuty :

1. W treści wyjaśnień z dnia 7 lipca 2011 r. wykonawca ten przedstawił kalkulację składników kosztowych, których zsumowanie daje wartość 7,09 zł za jeden osobodzień. „Wsad do kotła” wycenił na 5,63 zł, podczas gdy w pkt II G. 1 siwz, zawarty został wymóg aby był on na poziomie nie mniejszym niż 6 zł. Obniżenie wartości tzw. „wsadu do kotła” w sposób istotny narusza warunki określone w treści specyfikacji, a tym samym dyskwalifikuje wykonawcę z powodu niespełnienia zasadniczego wymogu stawianego przez Zamawiającego.

2. Kolejną znacznie zaniżonym elementem ceny oferty są „koszty pracownicze”. W wyjaśnieniach ich wartość określono na 0,55 zł. w przeliczeniu na osobodzień. Wyliczenie to nie ma jednak uzasadnionych podstaw, zwłaszcza w kontekście informacji o liczbie pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia stanowiącej załącznik nr 5 do oferty tego wykonawcy. Podaje się w nim, że liczba tylko personelu podstawowego (bez kierowniczego) wynosi 27 osób (kucharze, pomoce kuchenne, pracownicy dystrybucji). Warto w tym miejscu wyjaśnić, że do pracowników produkcyjnych należy przygotowanie średnio dziennie ok. 500 posiłków (dieta 3 posiłkowa i 5 posiłkowa). Do tego należy dodać 155 posiłków 2-daniowych dla pacjentów oddziałów dziennych. Śniadanie składa się z zupy mlecznej oraz dodatków w postaci pieczywa, masła, wędliny, sera lub pasty itp. Obiad to zupa, drugie danie (ziemniaki, surówka, mięso) oraz kompot. Kolacja to pieczywo, masło plus dodatek. Oprócz wyprodukowania tych dań, pracownicy ci mają obowiązek

zapakowania ich do opakowań cateringowych oraz umycia tychże opakowań przynajmniej dwa razy dziennie. Biorąc pod uwagę to, że kuchnia pracuje w ruchu ciągłym 365 dni w roku, jako minimalną liczbę pracowników zatrudnionych do wykonywania tych czynności należy przyjąć 14 osób. Liczba ta nie obejmuje procesu dystrybucji. Należy bowiem uwzględnić konieczność załadowania termosów z posiłkami do samochodu, dowieszenie ich do siedziby szpitala na ul. Aleksandrowską i rozwiezienie do 14 oddziałów tego szpitala, które zlokalizowane są w 4 różnych miejscach na terenie Łodzi (ul. Głogowa, Sieradzka, Pomorska i Aleksandrowska). Do obowiązków kierowców należy rozwiezienie tych posiłków dwa razy dziennie, przez 365 dni w roku (dla oddziałów dziennych tylko w dni powszednie). Do wykonania tego zadania potrzeba zatrudnić minimum 4 kierowców. Łącznie uzyskujemy zatem liczbę co najmniej 18 pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia (wykonawca wskazał w swej ofercie 27). Biorąc zatem pod uwagę wynagrodzenie pracownika z narzutami (1.320 zł plus ZUS, co daje łącznie koszt ca 1.600 zł miesięcznie), wymaganą liczbę pracowników (co najmniej 14) i liczbę osobodni w miesiącu, przy pomocy poniższego wzoru uzyskujemy wartość istotnego elementu cenowego oferty jakim jest wysokość kosztów osobowych. $P \times W : OD = K$, gdzie :

K - oznacza niezbędne koszty zatrudnienia pracowników dla realizacji zamówienia,

P - oznacza liczbę pracowników

W - oznacza miesięczny koszt zatrudnienia jednego pracownika,

OD - oznacza liczbę osobodni w miesiącu obliczoną w następujący sposób:

Liczba osób otrzymujących 3 (lub więcej) posiłki dziennie wg siwz wynosi 546 (zaokrąglając w dół można przyjąć 500).

Liczba posiłków dla oddziałów dziennych jest określona w siwz w ujęciu miesięcznym na 3.410. Oznacza to, że jest ona ustalona dla ca 85 osób (3410 : (20 dni w miesiącu od poniedziałku do piątku x 2 posiłki).

Dodatkowa liczba pełnych osobodni (tj. z uwzględnieniem faktu, że zestawy 2 posiłkowe są wydawane przez $\frac{3}{4}$ miesiąca) wynosi 59 i wynika z następującego wyliczenia : $85 \times 0,7 = 59,5$.

Podsumowując liczbę dzienną „osobodni” uzyskujemy zatem wynik 559 (500 + 59), a w układzie miesięcznym 16.770 (559 x 30 dni).

Podstawiając te wartości do powyższego wzoru uzyskujemy następującą wartość K : 18 osób x 1.600 zł: $16.770 = 1,71$ zł.

Tymczasem wykonawca w złożonych przez siebie wyjaśnieniach wycenił koszty zatrudnienia personelu w przeliczeniu na osobodzień na kwotę 0,55 zł., podczas gdy powyższe wyliczenie wskazuje, że tylko przy 18 zatrudnionych do realizacji zamówienia osobach, obiektywnie nie da się uzyskać kosztu na poziomie niższym niż 1,71 zł. Wartość wynagrodzenia pracownika jest bowiem stała (minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 1.320 zł plus narzuty w postaci

składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne - ok. 16%), jak też wielkością stałą jest liczba osobodni w miesiącu. Przy założeniu, że wykonawca przeznaczył do realizacji zamówienia 27 osób, uzyskany przez niego wynik powinien wynosić 2,57 zł. Proste zestawienie tych danych jednoznacznie wskazuje, tylko na przykładzie jednego parametru ceny ofertowej, a mianowicie kosztów osobowych, że zaoferowana cena jest wartością nierzeczywistą, odbiegającą od realnego poziomu tego rodzaju kosztów, w takim stopniu, że podważa wiarygodność całej oferty i w konsekwencji uzasadnia zarzut, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynik wskazany przez wykonawcę (0,55 zł) dałoby się uzyskać (przy zachowaniu stałych parametrów wzoru) tylko przy założeniu, że do realizacji zamówienia zostanie przeznaczonych nie więcej niż 6 osób ($6 \times 1.600 : 16.770 = 0,57$ zł). To z kolei byłoby niezgodne z treścią załączonego przez Wykonawcę do oferty „Wykazu pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia”.

3. Kolejnym istotnym składnikiem ceny usługi będącej przedmiotem zamówienia są koszty transportu posiłków. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał, że ten koszt został skalkulowany na poziomie 0,23 zł „osobodzień”. Zastrzeżenia budzi jednak cena jednego litra paliwa przyjęta na poziomie 4,02 zł. Wykonawca nie wskazał warunków, które uprawniały go do przyjęcia tak niskiej jego wartości. Aktualne ceny paliwa netto wahają się bowiem w przedziale 4,60 - 4,90 zł za litr.

Zastrzeżenia budzi również fakt przyjęcia do wyceny kosztów transportu wynagrodzenia tylko jednego kierowcy. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są kompleksowe usługi gastronomiczne w zakresie dostawy całodziennych posiłków przez 365 dni w roku (więc także w niedziele i święta), nie jest możliwe aby usługa mogła być prawidłowo wykonana przy udziale tylko jednego kierowcy. Czas pracy kierowców określa ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców, Nie może on przekraczać 8 godzin na dobę i 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy. Wymagany jest odpoczynek dobowy w wymiarze 11 godzin oraz nieprzerwany odpoczynek tygodniowy w wymiarze 35 godzin. Oprócz tego są niedziele i święta, w które posiłki także muszą być dowiezione. Jeden kierowca nie jest w stanie „obsłużyć” całego zamówienia. Potwierdzają to wyjaśnienia innego oferenta (Catermed sp. z o.o. przewidział 4 osoby i koszt ich wynagrodzenia 8.000 zł).

W ocenie Odwołującego prawidłowa kalkulacja kosztów transportu (bez kierowców) powinna uwzględniać następujące parametry:

Paliwo i amortyzacja dwóch samochodów, tj. samochód dowożący do siedziby na ul. Aleksandrowskiej musi przejechać dziennie od 60 km do 80 km czyli miesięcznie od 1800 do 2400 km. Biorąc pod uwagę, że ciężar posiłków to ponad 1 tona i samochód jeździ wyłącznie w ruchu miejskim, zużycie paliwa nie może być mniejsze niż 12 l na 100 km, co

miesięcznie daje średnio 250 l. Koszt zakupu paliwa wynosi zatem $250 \text{ l} \times 4,9 \text{ zł} = 1.225 \text{ zł}$. Samochód rozwożący do oddziałów dziennych musi zrobić około 70 km dziennie przez 5 dni w tygodniu tj. min 1.500 km miesięcznie. Wartość zużytego paliwa wynosi zatem $(1500 \times 12 : 100) \times 4,9 = 882 \text{ zł}$. Łącznie tylko koszt paliwa wynosi zatem 2.107 zł miesięcznie. Biorąc pod uwagę konserwację, naprawy i przeglądy, na utrzymanie samochodów należy wydać miesięcznie około 2.500 zł, co podzielone przez wskaźnik osobodni (16.770) daje wartość 0,15zł - osobodzień. Gdyby do tego dodać koszty zatrudnienia dwóch kierowców (z wynagrodzeniem 2.070 zł każdy), otrzymujemy wynik: $2.070 \times 2 : 16.770 = 0,24 + 0,15$ (paliwo i utrzymanie samochodów), co daje łącznie wartość 0,39 zł osobodzień. Tymczasem Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przewidział na ten cel jedynie 0,23 zł. Nie uwzględnił on jednak rzeczywistego kosztu paliwa oraz niezbędnej liczby zatrudnionych kierowców.

4. Kalkulacja kosztów opakowań jednorazowych również odbiega od rzeczywistego poziomu (0,19 zł). Wyłoniony Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wymienił wprawdzie ceny netto poszczególnych opakowań, nie wskazał jednak ich wiarygodnej podstawy (dowodu zakupu). W opinii Odwołującego miesięczny koszt opakowań jednorazowych (ustalony na podstawie faktur wystawionych przez firmę COMPLEX T - najtańszego dystrybutora na terenie miasta Łodzi) wynosi nie mniej niż 6.000 - 7.000 zł miesięcznie, co w przeliczeniu na osobodzień, daje wynik 0,39 zł.

Wobec podniesionych argumentów, wskazujących na nierealność kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach w zakresie transportu, naczyń jednorazowych, a przede wszystkim kosztów osobowych, Zamawiający w świetle przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie miał uzasadnionych podstaw do uwzględnienia wyjaśnień Wykonawcy. Zaproponowana przez niego cena ofertowa za realizację całości zamówienia jest przede wszystkim nieadekwatna do wymagań siwz (wsad do kotła), a ponadto jest nierealna w stosunku do cen rynkowych. Z tego względu oferta tego Wykonawcy nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, wobec czego podlegała odrzuceniu.

II. Oferta i wyjaśnienia firmy Catermed sp. z o.o.

Oferowana wartość zamówienia netto 1.903.226,40 zł, brutto 2.055.484,51 zł. Cenę „osobodnia” poszczególnych diet skalkulowano na poziomie :

- dla diety składającej się z 3 posiłków - 8,00 zł netto,
- dla diety składającej się z 5 posiłków - 8,24 zł netto (*błędnie w odwołaniu – 8,82 zł*),
- dla diety składającej się z 2 posiłków - 7,94 zł netto.

Z wyjaśnień tego Wykonawcy wynika, że koszty ogółem skalkulowane zostały na jednolitym poziomie dla każdego rodzaju diety i wynoszą 1,46 zł. Uwzględniono w nich wynagrodzenie 2 kierowców i 2 konwojentów (8.000 zł), amortyzację i eksploatację pojazdów wraz z paliwem

(3.000 zł) koszty zatrudnienia dodatkowych 2 pracowników (4.000 zł) oraz koszt opakowań na 6.000 zł miesięcznie.

Zarzuty :

1. Przede wszystkim niezgodne w warunkami zamówienia i ze złożoną ofertą jest przyjęcie do kalkulacji cenowej w zakresie kosztów ogólnych wynagrodzenia jedynie dwóch dodatkowo zatrudnionych pracowników. W pkt V 2.3 siwz Zamawiający zobowiązał oferentów do złożenia wykazu pracowników odpowiedzialnych za realizację zamówienia. Wykonawca w swoim wykazie umieścił 14 osób personelu podstawowego (oprócz 2 z personelu kierowniczego). Koszty ogólne skalkulował zaś jedynie biorąc pod uwagę 2 dodatkowo zatrudniane osoby, z pominięciem wynagrodzeń pozostałych pracowników. Taka kalkulacja podważa realność zaoferowanej ceny i nie daje gwarancji należytego wykonywania zamówienia. Wykonawca nie jest obiektywnie w stanie wykonać zamówienia jedynie z udziałem dwóch dodatkowo zatrudnionych do nadzoru pracowników, przy założeniu, że aktualnie realizuje inne zamówienia, przy których są zaangażowani już zatrudnieni pracownicy. Przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja nie uwzględnia chociażby kosztów zakupu opakowań cateringowych i waników. Błędnie przyjęta ilość osobodni w miesiącu zniekształca wynik. Średnia miesięczna osobodni kształtuje się bowiem na poziomie 16.770, a nie 19.809. Zatem nawet przy założeniu, że koszty ogólne Wykonawcy zamkną się kwotą 29.000 zł., dzieląc ją przez 16.770 uzyskujemy wynik 1,72 zł osobodzień, a nie 1,46, jak przyjął wykonawca.

2. Zasadniczy zarzut odnoszący się do wyjaśnień Catermed sp. z o.o. dotyczy jednak tego, że wykonawca ten nie przedstawił dowodów potwierdzających prawidłowość i rzetelność swoich wyjaśnień. Jego kalkulacji nie potwierdzają żadne obiektywne dane. Przyjęte wartości nie są więc weryfikowalne w oparciu o kryterium prawdziwości. Wykonawca ograniczył się jedynie do opisu rodzaju ponoszonych kosztów, wskazania, że zatrudni dwóch pracowników oraz, że dysponuje odpowiednią ilością wyposażenia. Okoliczność ta nie została jednak udowodniona. Wyjaśnienia wykonawcy są w związku z tym lakonicznie, powierzchowne i niewyczerpujące. Nie przekonują one, że oferta Wykonawcy została skalkulowana rzetelnie z uwzględnieniem cen rynkowych i pełnego zakresu zadań przewidzianych przez Zamawiającego w siwz.

W świetle tych argumentów, zdaniem Odwołującego, uzasadniony jest wniosek, że zaoferowana przez Catermed sp. z o.o. cena nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia i z tego względu oferta tego Wykonawcy podlegała odrzuceniu.

III. Oferta i wyjaśnienia firmy GREK RTC S.A.

Oferowana wartość zamówienia netto 1.958.732,52 zł, brutto 2.115.431,12 złotych (w odwołaniu błędnie podano 2.023.809,75 zł brutto).

Cenę poszczególnych diet skalkulowano na poziomie :

- dla diety składającej się z 3 posiłków - 8,29 zł netto (*w odwołaniu błędnie 8,19 zł*),
- dla diety składającej się z 5 posiłków - 8,29 zł netto (*w odwołaniu błędnie 8,82 zł*),
- dla diety składającej się z 2 posiłków - 8 zł netto (*w odwołaniu błędnie 6,15 zł*),

Zarzuty :

1. Analiza treści wyjaśnień tego Wykonawcy nie pozwala na weryfikację zawartych tam twierdzeń w kontekście wymogów przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wykonawca ten nie wskazuje bowiem danych, w oparciu o które możliwa byłaby weryfikacja uzyskanych wyników dla poszczególnych pozycji kosztów. Wyjaśnienia te charakteryzują się bardzo wysokim stopniem ogólności. Nie wynika z ich treści, jakie koszty Wykonawca wziął pod uwagę przy zakupie wymaganego sprzętu (naczynia jednorazowe, warniki, termosy, pojemniki GN) i czy w ogóle zostały one przewidziane w kalkulacji cenowej.

2. W wykazie pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia wykonawca wymienił 9 osób personelu podstawowego. W wyjaśnieniach twierdzi, że aktualnie przygotowuje posiłki dla 2000-2200 pacjentów i zakłada że dodatkową ilość posiłków w każdym miesiącu tzn. 15004 (dieta pełna), 1.395 (dieta 5 posiłkowa) i 3.410 (dla oddziałów dziennych) - jest w stanie wykonać bez potrzeby zwiększenia zatrudnienia, nie prezentując przy tym jakiegokolwiek metody wykonania zamówienia w tych warunkach kadrowych. Takie założenie z góry dyskwalifikuje ofertę tego wykonawcy, gdyż w praktyce nie ma możliwości, aby przy pomocy 9 osób personelu zasadniczego można było wykonywać dotychczasowe kontrakty oraz sprostać zamówieniu na przygotowanie posiłków dla 600 pacjentów dziennie, dla których należy przygotować ca 17 tysięcy porcji. Wykonawca ten, ograniczając się do lakonicznych sformułowań, nie przedstawił jednak żadnych dowodów potwierdzających prawidłowość i rzetelność swoich wyjaśnień.

Podsumowując zarzuty wobec oferty i wyjaśnień wykonawcy wyłonionego w przetargu, jak i pozostałych oferentów, których oferty nie zostały odrzucone, należy stwierdzić, że cena ofertowa: Serenissima Polska sp. z o.o., GREK RTC S.A. i Catermed sp. z o.o. za realizację przedmiotu zamówienia jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, a przede wszystkim nieadekwatna w stosunku do wymagań, zakresu realizacji przedmiotu zamówienia i wynikającej z niego pracochłonności.

Odwołujący wskazywał, że należy podnieść, iż z formalnego punktu widzenia na zasadzie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający podejmuje decyzję co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie wyjaśnień wykonawców, lecz również na podstawie dołączonych do nich dowodów (wyrok SO w Warszawie z 22 czerwca 2004 r., sygn. akt. V Ca 1112/04, wyrok Zespołu Arbitrów z 25 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-2016/06). Wykonawca powinien przedstawić dowody potwierdzające brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej

ceny w przypadku żądania od niego wyjaśnień w tym przedmiocie. Same wyjaśnienia nigdy nie są obiektywne, gdyż składa je podmiot najbardziej zainteresowany w sprawie. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego jedynie spółka Serenissima Polska sp. z o.o. formalnie załączyła dowody do złożonych wyjaśnień, aczkolwiek nie przesądza to ich merytorycznej wartości dla ogólnej oceny wyjaśnień (vide: argumenty j.w.). Należy bowiem podkreślić, że jako jedyna z pośród oferentów Serenissima Polska sp. z o.o. nie uwzględniła zysku w swojej kalkulacji. Brak tego elementu co do zasady musi podważać racjonalność jej wyjaśnień, a tym samym dyskwalifikować jej ofertę. Co ważniejsze, oferta cenowa wyłonionego Wykonawcy stanowi zaledwie 77,4% szacunkowej wartości zamówienia. Na tle doświadczeń krajów członkowskich UE wypracowany został pewien standard, zgodnie z którym oferty o znacznie niższych wartościach od średniej ceny grupy ofert najbardziej do siebie zbliżonych, tj. ustępujące im o 10% lub niższe niż 20% wartości zamówienia, poddawane są „z urzędu” procedurze wyjaśnienia. Analiza nadesłanych przez Serenissima Polska sp. z o.o. wyjaśnień, a zwłaszcza kalkulacja cenowa w żaden sposób nie uwiarygodnia wskazanej tam uśrednionej wartości kosztów osobodnia. Znacznie odbiegająca od rzeczywistych wartości jest zwłaszcza wycena kosztów pracowniczych (0,55 zł), podczas gdy jak wskazano wyżej, zatrudnienie 18 osób (z kierowcami) przy założeniu płacy minimalnej z narzutami (1.600 zł) już daje wynik 1,77 zł. Niezgodna z warunkami zamówienia jest też wartość tzw. „wsadu do kotła”. W kalkulacji Wykonawca przyjął 5,63 zł, podczas gdy wymogiem siwz jest kwota 6 zł i ten czynnik kalkulacji cenowej z racji tego, że stanowi warunek realizacji zamówienia, nie może podlegać obniżaniu.

Pozostali oferenci ograniczyli swoje wyjaśnienia do słownego zapewnienia, że zdołają sprostać warunkom zamówienia publicznego. Do wyjaśnień nie załączyli dowodów. Przedstawiona przez nich szczątkowa kalkulacja w żaden sposób nie odzwierciedla jednak warunków rynkowych i nie uwzględnia wszystkich koniecznych do poniesienia kosztów. Wyjaśnienia są w dużym stopniu lakoniczne, powierzchowne i nie zawierają rzeczywistej kalkulacji cenowej, bądź też zaprezentowana kalkulacja nie uwzględnia wszystkich kosztów, których poniesienie należało uwzględnić przy kalkulacji ceny. Cena oferty firmy GREK RTC S.A. stanowi zaledwie 80,9% wartości szacunkowej zamówienia, natomiast firmy Catermed sp. z o.o. odbiega od niej o 21,4%. Oznacza to, że oferenci zaoferowali ceny znacząco odbiegające od cen przyjętych (rynkowych) i wskazuje, że zdecydowali się na realizację zamówienia poniżej kosztów wykonania tego rodzaju usługi, co w żadnym razie nie gwarantuje należytego ich wykonania. Dla porównania warto wskazać, że oferta Odwołującego stanowi 93% kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i tylko do tego uczestnika postępowania Zamawiający nie skierował zapytania o wyjaśnienie

rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, przedstawione wyżej argumenty dyskwalifikują złożone oferty w świetle istotnego kryterium, jakiemu poddawana jest ich ocena, a mianowicie - rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przesłanka ta ma charakter negatywny, w związku z czym jej wystąpienie dyskwalifikuje daną ofertę z procedury zamówienia publicznego. Zamawiający, dokonując oceny tych ofert (i złożonych w toku postępowania wyjaśnień), naruszył zatem przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie dostrzegając w nich braku obiektywnych czynników i warunków wpływających na odstępstwo poszczególnych ofert od ceny rynkowej, jak też w konsekwencji naruszył przepis art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia tych ofert. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przytaczał orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. Zespół Arbitrów w wyroku z 12 lipca 2004 r. (UZP/ZO/0-1060/04) stwierdził, że: *„Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można było ją potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp.”* Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z 31 maja 2010 r. (sygn. akt KIO 923/10) oraz wyroku z 21 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 815/10), w których stwierdziła, że *„To wykonawca, mając wyraźny w tym interes, może przedstawić dowolne przyczyny i na ich poparcie dowody, które wykonawca uzna za najadekwatniejsze ”.* Wynika z nich, że kwestia udowodnienia parametrów kalkulacji kosztowej, tj. czynników, w szczególności niedostępnych innym wykonawcom, które mogłyby być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego w trakcie analizy pod kątem, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ma w praktyce bardzo doniosłe znaczenie, co potwierdzają kolejne orzeczenia: *„Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana”.* (wyrok KIO z 19 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1902/09); *„Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien przedstawić dowody na brak zaistnienia okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny”* (wyrok KIO z 14.01.2010 r., KIO/UZP 1831/09); *„Od momentu wezwania przez Zamawiającego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wezwanym wykonawcy”.* (KIO z 21.09.2009 r., KIO/UZP 1126/09); *„Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle - prowadzi do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską ceną. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cen a zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska”* (wyrok KIO z 31 sierpnia 2009 r., KIO/UZP 1066/09).

W ocenie Odwołującego, tylko cena zaoferowana przez Odwołującego jest realna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pośrednio potwierdzają to dwie okoliczności, a mianowicie :

- a) jest najbliższa tej, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zadania,
- b) Odwołujący jest jedynym wykonawcą, do którego Zamawiający nie zastosował procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co uprawdopodobnia wniosek, że w odniesieniu do wszystkich pozostałych przypadków Zamawiający miał takie podejrzania.

Powyższe zastrzeżenia uzasadniają zarzuty podniesione w petitum odwołania. Wykazane naruszenia stoją również w sprzeczności w wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp fundamentalnymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z tymi zasadami, Zamawiający obowiązany jest do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Nie ogranicza się to jedynie do zachowania przez niego samego zasad uczciwej konkurencji i takiego określenia przedmiotu i warunków zamówienia, który gwarantuje ich przestrzeganie, ale obowiązki Zamawiającego w tym zakresie są szersze i polegają również na dołożeniu starań, aby wyeliminować z postępowania oferty naruszające te zasady. Wynikający z ustawy obowiązek Zamawiającego powoduje zatem konieczność podjęcia przez niego stosownych działań w każdym przypadku, gdy powźmie on wątpliwości, czy przedstawiona oferta spełnia wymogi ściśle określone w specyfikacji, a w szczególności czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, że Zamawiający podjął niewłaściwe działania i w toku badania ofert nie wyeliminował z postępowania ofert, które podlegały odrzuceniu. Konsekwencją takiego działania Zamawiającego było to, że najkorzystniejszą oferta została wybrana oferta zawierająca rażąco niską cenę.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu za pomocą faxu w dniu 18 lipca 2011 r., tj. z zachowaniem terminu wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu 19 lipca 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania.

W dniu 21 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Serenissima Polska sp. z o.o. Przystępujący popierał stanowisko o bezzasadności zarzutów. Kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu i Zamawiającemu, co zostało potwierdzone w toku posiedzenia przed Izbą.

W dniu 22 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą faksu wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego GREK

RTC S.A. Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło w dniu 25 lipca 2011 r., nadane listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 22 lipca 2011 r.

W dniu 1 sierpnia 2011 r. na posiedzeniu przed Izbą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie. Podkreślał, że przeprowadził postępowanie w sposób rzetelny, zachowując przy tym należyta staranność i dbałość o przestrzeganie norm ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, iż oszacował wartość zamówienia w skali 12 miesięcy na kwotę 2.240.791,00 złotych netto. Kwotę, którą Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w skali 12 miesięcy oszacowano na 2.420.054,28 złotych brutto. Wykonawca Serenissima Polska sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za kwotę 1.873.897,92 złotych netto (2.023.809,75 złotych brutto), co stanowi 83,63 % szacunkowej wartości zamówienia. Wykonawca Catermed sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za kwotę 1.903.226,40 złotych netto (2.055.484,51 złotych brutto) co stanowi 84,94 % szacunkowej wartości zamówienia. Wykonawca GREK RTC S.A. zaoferował realizację zamówienia za kwotę 1.958.732,52 złotych netto (2.115.431,12 złotych brutto) co stanowi 87,41 % szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 2.252.032,20 złotych netto (2.432.194,78 złotych brutto), co stanowi 100,5 % szacunkowej wartości zamówienia. Mając na względzie powyższe, z uwagi na złożenie trzech ofert, których ceny za realizację zamówienia zaoferowano na poziomie odbiegającym o ponad 10 % od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, zdecydował on o konieczności zbadania powyższych ofert w trybie art. 90 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, ostrożność i rzetelność przeprowadzanego postępowania przetargowego obligowała go do zweryfikowania powyższych ofert po kątem rażąco niskiej ceny, jakkolwiek już na etapie składania ofert, proponowane przez Wykonawców warunki wydawały się być wiarygodne. W tym celu Zamawiający wezwał Wykonawców Serenissima Polska Sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. oraz GREK RTC S.A. do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stosując powyższą procedurę. Zamawiający wykazał się nadprzeciętną dbałością i skrupulatnością w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, tym bardziej, że wezwani oferenci podali zbliżone wartości oferowanych usług, które różniły się od siebie o zaledwie kilka procent. Oferta Odwołującego, z uwagi na przekroczenie szacunkowej wartości zamówienia nie została objęta procedurą w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający podnosił:

1. Pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Pzp nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z 17 stycznia 2006 r., sygn.

akt II Ca 2194/05). Zamawiający nie jest w świetle ustawy Pzp zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Automatyczne przyjmowanie wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu przeczy zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych (tak: orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 - „Fratelli Constanzo”). Wskazywał, iż nie ma racji Odwołujący, używając argumentu o zasadności zastosowania doświadczeń krajów członkowskich UE w zakresie poddawania z urzędu procedurze wyjaśnienia ofert odbiegających od wartości zamówienia o 20%. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja z całą pewnością nie miała miejsca. Dodatkowo wskazać należy, że nawet jeśli by posłużyć się pomocniczo kryterium arytmetycznym Odwołujący w oczywisty sposób zaniżył procentowy stosunek wartości poszczególnych kwestionowanych ofert do szacunkowej wartości zamówienia. Według Odwołującego oferta Serenissima Polska sp. z o.o. stanowiła 77,4% szacunkowej wartości zamówienia, podczas gdy prawidłowe wyliczenie tegoż stosunku daje wynik 83,63%. Pozostałe oferty w opisie Odwołującego zostały w podobny sposób nieprawidłowo opisane.

2. Zamawiający zasadnie wszczął procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy Pzp. Każdy przypadek, w którym wystąpiło podejrzenie zaniżenia ceny, Zamawiający zdecydował się poddać indywidualnej weryfikacji. Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofertach Serenissima Polska sp. z o.o., CATERMED sp. z o.o. oraz GREK RTC S.A. i zasadnie wyraził je, wzywając do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższych ofert, rozpiętość zawartych w nich cen nie była wysoka, ale relacja wartości oferty do szacunkowej wartości zamówienia zrodziła wymagające wyjaśnienia wątpliwości po stronie Zamawiającego (tak: wyrok KIO z 24 marca 2009r., sygn. akt: KIO/UZP 297/09; wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

3. Kolejnym argumentem przekonującym o bezzasadności zarzutów odwołania jest próba wykazania przez Odwołującego istnienia rażąco niskiej ceny w kwestionowanych ofertach przez porównanie z warunkami zawartymi w ofercie Odwołującego i jego własną kalkulacją. Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądowe wskazywało, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia rażąco niska cena ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie (tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 czerwca 2008r., sygn. akt: X Ga 140/08, wyrok KIO z 13 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, wyrok KIO z 20 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284/09). W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (tak: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: II Ca 2194/05; Wyrok KIO z 30 września 2010, sygn. akt KIO

2014/10) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Uzasadnienie zarzutów odwołania opierające się wyłącznie na porównaniu z treścią własnej oferty oraz własną kalkulacją warunków rynkowych, które ma w ocenie Odwołującego przekonywać o rażąco niskiej cenie, nie jest wystarczające. W szczególności gdy Odwołujący unika porównania ze sobą poszczególnych kwestionowanych ofert, a koncentruje się jedynie na ich wybranych, szczegółowych elementach. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych Wykonawców lub szacunku Zamawiającego nie jest dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Wskazanie jedynie kilku pozycji jako nierealnie niskich nie może stanowić uzasadnienia, iż oferta zawiera rażąco niską cenę bowiem jej składników jest wiele (tak: wyrok KIO z 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1515/10). Wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do tychże elementów nie sposób zaliczyć cen częściowych lub danych arytmetycznych stanowiących podstawę wyliczenia ceny wynikowej. Wszakże samo rozbieżne zaofiarowane wynagrodzenia na bardziej szczegółowe kwoty nie umożliwia ustalenia, czy zaofiarowana przez wykonawcę cena jest ceną rażąco niską. Wynika to z faktu, iż zarzut ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej, nie zaś do jej poszczególnych składników. Elementami oferty mającymi wpływ na wysokość ceny są pozaarytmetyczne elementy treści oferty, takie jak wymienione w sposób przykładowy w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których można również zaliczyć: panujące warunki makro i mikroekonomiczne, strukturę organizacyjną wykonawcy, zastosowane materiały, udział miejscowych podwykonawców itp. (tak: wyrok KIO z 29 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1479/10). Dodatkowo wskazać należy, iż subiektywne przekonanie Odwołującego o rażąco niskiej cenie kwestionowanych ofert wynikać może ze stosunkowo niewielkiego doświadczenia w realizacji tego typu zamówień. Odwołujący w swej ofercie udokumentował najmniej liczną listę referencyjną stanowiącą wskazówkę w ocenie znajomości realiów rynku usług objętych zamówieniem.

4. Odpowiadając na niektóre szczegółowe zarzuty Odwołującego, Zamawiający stwierdzał:

a) Odwołujący bezzasadnie zarzuca wykonawcy Serenissima Polska sp. z o.o. obniżenie w swej ofercie wartości tzw. „wsadu do kotła”, który to element oferty „istotnie narusza warunki określone w treści specyfikacji” (pkt II G. 1 SIWZ). Istotnie Zamawiający w treści siwz określił wymóg minimalnej wartości „wsadu do kotła” na poziomie 6 złotych. Wobec nieokreślenia w treści siwz, czy powyższa wartość ma charakter brutto czy też netto, uznać należy, że zgodnie z zasadami przeprowadzania procedury przetargowej i konstruowania warunków siwz, tak podana wartość jest kwotą brutto. W świetle powyższego, z uwagi na określenie w kalkulacji Serenissima Polska sp. z o.o. wartości „wsadu do kotła”

na poziomie 5,63 złotych netto - po doliczeniu podatku VAT, powyższy element oferty będzie zgodny z warunkami siwz. W tym zakresie zarzut Odwołującego jest nietrafny.

b) Odwołujący bezzasadnie zarzuca Serenissima Polska sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. oraz GREK RTC S.A. nieprawidłowe i nierzetelne wyliczenia ofert w zakresie kosztów pracowniczych. Uzasadnienie zarzutów jest zdawkowe i nie poparte wyliczeniami uwzględniającymi choćby możliwość zorganizowania zespołu wykonującego usługi na rzecz Zamawiającego na innej podstawie niż umowa o pracę. Pominięcie tego niezwykle istotnego względu całkowicie zmienia możliwość dokonania kalkulacji kosztów pracowniczych i czyni zarzuty Odwołującego mało przekonującymi. Na poparcie powyższego przywołać można wyrok KIO z 29 września 2010 r., sygn. akt: KIO 2004/10, w którym *„Zamawiający w warunkach postępowania nie rozstrzygał co do formy zatrudnienia pracowników. Nie wymagał przede wszystkim, aby pracownicy ochrony byli zatrudnieni na podstawie umów o pracę. Zatem zatrudnianie pracowników realizujących usługi ochrony na podstawie umów cywilno -prawnych także jest dopuszczalne i tym samym kalkulacje oparte na minimalnej płacy nie mogą stanowić dowodu dla poparcia zarzutu rażąco niskiej ceny”*. Zarzut rażąco niskiej ceny dotyczącej ofert Wykonawców Serenissima Polska sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. oraz GREK RTC S.A., mający skutkować w ocenie Odwołującego koniecznością odrzucenia tychże ofert nie potwierdził się. Wyżej wymienieni wykonawcy, wezwani w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny, wywiązali się z nałożonego na nich obowiązku. Wszystkie przesłane Zamawiającemu wyjaśnienia stanowiły wystarczającą podstawę dla obalenia domniemania o istnieniu rażąco niskiej ceny weryfikowanych ofert. Podnieść należy, iż sam fakt udziału w postępowaniu przetargowym ofert jakkolwiek odbiegających w swych cenach od szacunkowej wartości zamówienia to jednak zbliżonych do siebie, czynił wysoce prawdopodobnym, że usługa świadczona na tym poziomie jest realna, wiarygodna i pozwala na realizację zobowiązania zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i w sposób opłacalny dla wykonawcy. W sytuacji złożenia przez niemal wszystkich wykonawców ofert o cenach zbliżonych do siebie. Zamawiający miał prawo spodziewać się, że zaproponowane w nich warunki są możliwe do realizacji w realiach rynkowych, zwłaszcza, że Wykonawcy wykazali swoje doświadczenie wynikające z wcześniejszej realizacji tego typu usług. Podobne stanowisko zaprezentowała KIO w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 755/10. W powyższym orzeczeniu Izba uznała za słuszne podnoszone przez Zamawiającego argumenty, iż z uwagi na skalę zamówienia, różnica ceny kwestionowanej oferty w odniesieniu do pozostałych ofert nie jest rażąca oraz nierealistyczna, oraz fakt, iż z uwagi na zbliżoną wysokość zaoferowanych w postępowaniu cen, uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego spowodowałoby bezzasadną konieczność badania wszystkich ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Mając na względzie

powyższe, udział w postępowaniu niemal wszystkich wykonawców oferujących świadczenie przedmiotu zamówienia na porównywalnym poziomie przekonywał Zamawiającego, o niewielkim prawdopodobieństwie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

6. Ocena przez Zamawiającego złożonych ofert pod kątem stosunku do szacunkowej wartości zamówienia przekonała go jednak do zastosowania procedury w trybie art. 90 ustawy Pzp. z dobrze pojętej ostrożności i zapobiegliwości. W treści wezwania do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny, Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia szczegółowej kalkulacji obejmującej wszystkie elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z udokumentowaniem tych składników cenotwórczych. Wszyscy wezwani Wykonawcy przedstawili w wyznaczonym terminie wystarczające w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia. Spółka Serenissima Polska sp. z o.o. poparła dodatkowo złożone wyjaśnienia załączonymi dowodami. Nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby niezłączenie dowodów potwierdzających treść składanych wyjaśnień miało przesądzać o niespełnieniu przez wzywanych Wykonawców nałożonego na nich obowiązku. Jakkolwiek w treści wezwania znalazło się sformułowanie „wraz z udokumentowaniem tych składników cenotwórczych”, to nie skutkuje ono koniecznością odrzucenia wyjaśnień, do których nie załączono dowodów. Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku KIO/UZP z 2 sierpnia 2010 roku sygn. KIO/UZP 1515/10. Ustawodawca wprowadził bowiem możliwość posłużenia się dowodem, który potwierdza oświadczenie wykonawcy fakultatywnie, nie istnieje ustawowy obowiązek składania przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniem stanowiącym oświadczenie wykonawcy dowodów potwierdzających te wyjaśnienia. Ustawodawca nie zobowiązał w sposób bezwzględny i konieczny wykonawców do przedstawiania dowodów na swoje twierdzenia. Ustawodawca dopuścił możliwość poparcia twierdzeń dowodami. Jednocześnie należy wskazać, iż określona w art. 90 ustawy Pzp procedura ma charakter wyjaśniający, a nie dowodowy, na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (sygn. akt X Ga 140/08). Zgodnie z powyższym, oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Odniesienie się Zamawiającego do braku dowodów jako podstaw do przyznania wiarygodności oświadczeniu Odwołującego jest mylne i niewłaściwe a tym samym nie może stanowić podstawy do uznania, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są niewiarygodne a tym samym nie potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska. Podobne stanowisko wynika z wyroku KIO z 24 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO 1157/10: *„Wykonawcy pozostawiona została dowolność w zakresie treści składanych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Istotne jest jedynie, by były to wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Wykonawca ma możliwość załączenia dowodów*

potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny, jednak ich złożenie nie jest obowiązkiem wezwanego wykonawcy". Powyższe znalazło swoje potwierdzenie także w aktualnym wyroku KIO z dnia 16 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 246/11. Mając na względzie wszystkie podniesione wyżej okoliczności, odwołanie w niniejszej sprawie winno być w całości oddalone. Odwołujący nie wykazał, jakoby Zamawiający dokonał wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę. Ponadto Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia pozostałych ofert z powodu rażąco niskiej ceny, jak i zarzutu niespełnienia przez Wykonawców obowiązku wyrażonego w art. 90 ustawy Pzp poprzez niezłożenie należytych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

Na posiedzeniu swoje pisemne stanowisko przedstawił także przystępujący Serenissima Polska sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania. Uzupełniając wyjaśnienia złożone w postępowaniu przetargowym podnosił, co następuje:

1. Serenissima Polska sp. z o.o. jest jednym z większych podmiotów oferujących na rynku polskim m.in. usługi żywieniowe. Korzystając z bazy i międzynarodowego doświadczenia głównego udziałowca Spółki - włoskiej firmy Serenissima Ristorazione S.P.A. z siedzibą w Vincenta Włochy, w okresie czterech lat Spółka zbudowała w Łodzi odpowiednie struktury organizacyjno - logistyczne, zaopatrzeniowe, techniczne i wykonawcze, umożliwiające świadczenie usług żywieniowych jednocześnie dla wielu podmiotów chcących skorzystać z tego typu usług na terenie całej Polski. Zatrudnia na stałe podstawowy personel menadżerski, administracyjno - finansowy i wykonawczy, stanowiący bazę, nie tylko dla realizacji bieżących usług, ale także – dysponujący pewną „rezerwą” dla realizacji nowych zamówień. Baza ta jest jedynie uzupełniana, w miarę potrzeb, o te elementy, które zapewnią profesjonalną i odpowiedniej jakości realizację większych zleceń pozyskiwanych np. w ramach przetargów publicznych. Ponadto współpracuje w szerokim zakresie z dostawcami produktów oraz m. in. usług transportowych, co umożliwia w każdym przypadku negocjowanie niższych niż powszechnie stosowane na rynku - cen zaopatrzeniowych i transportowych. Fakty te umożliwiają więc oferowanie potencjalnym klientom Spółki cen konkurencyjnych w stosunku do cen oferowanych na rynku przez innych wykonawców. Aktualnie świadczy usługi dla wielu szpitali w Polsce po cenach zbliżonych do ceny oferowanej w przedmiotowym przetargu. W związku z tym zarzut Odwołującego o nierealnej i zaniżonej ceny oferowanej przez Spółkę w tym przetargu jest oczywiście bezzasadny, biorąc chociażby pod uwagę powyższe okoliczności.

2. Odnośnie zarzutów dotyczących poszczególnych elementów kalkulacji kosztowej kwestionowanej przez Odwołującego, dodatkowo wyjaśniał, że kalkulację niektórych pozycji kosztów (tzw. „wsad do kotła” czy ceny paliwa) sporządzono w oparciu o ceny netto, ponieważ w siwz Zamawiający nie określił, czy stawka wsadu do kotła ma być wyrażona w

cenie netto czy brutto. W związku z tym:

- „wsad do kotła" o wartości 5,63zł netto nie uwzględniał podatku VAT, który średnio dla art. spożywczych zawartych w jadłospisach Spółki wynosi 6,5%. Tak więc, uwzględniając podatek VAT, jego wartość wynosi 6,00 zł brutto (i tak zostało to przyjęte w ofercie w cenie jednego posiłku - 8,19zł) co jest zgodne z wymogami Zamawiającego zawartymi w SIWZ (5,63zł + 6,5% = 6,00zł brutto);

- obecnie w kuchni centralnej w Łodzi przy Al. Politechniki 3a odbywa się produkcja ponad 1.500 posiłków dziennie, przy produkcji których zatrudnionych jest już 27 pracowników. Część tych pracowników, w ramach istniejącej jeszcze „rezerwy" produkcyjnej, będzie brała czynny udział także przy produkcji posiłków dla Zamawiającego, bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Wygrywając przetarg na usługi żywieniowe dla kolejnego szpitala nie musi więc tworzyć nowej struktury organizacyjno-wykonawczej, a jedynie ją uzupełnić. W wyliczeniach uwzględniono zatrudnienie dodatkowo 5 nowych osób tj.: 2 kucharzy ze średnią pensją 2.350,00zł brutto i 3 pomoce kuchni 1.680,00zł brutto. Doliczono także ¼ etatu dietetyka oraz ¼ etatu kierownika kuchni, co w przeliczeniu na jeden osobodzień dla Zamawiającego daje w sumie kwotę 0,55zł. Koszty pracownicze są stosunkowo niskie również i dlatego, że dysponuje kuchnią centralną bardzo dobrze wyposażoną w wysokiej klasy urządzenia kuchenne, co pozwala na „automatyzację" niektórych procesów technologicznych. Kuchnia centralna wyposażona jest m.in. w:

- kotły 200ml - 5 szt.
- kotły 150ml - 3 szt.
- piece konwekcyjne duże 12 półkowe - 2 szt.
- maszyna wilk rozmiar 16-1 szt.
- maszyna do porcjowania kotletów -1 szt.
- kutry 101 - 1 szt.
- maszyna do rozdrabniania warzyw - 1 szt.
- taborety gazowe - 2 szt.
- trzon kuchenny 6-palnikowy
- patelnie elektryczno-gazowe 601 - 2 szt.
- podgrzewacze do potraw 12 półkowe - 2szt.;

w pozycji „transport" przyjęto cenę II paliwa w wys. netto 4,02 zł/l, a więc brutto wynosi ona 4,95 zł/l, co dokumentuje załączona faktura zakupu paliwa. Do wyceny kosztów zatrudnienia kierowców wzięto pod uwagę dzienny czas pracy kierowców zatrudnianych na podstawie umowy zlecenia ze stawką 10,00zł brutto za 1h (umowy zawierane są także w razie potrzeby z przewoźnikami zewnętrznymi). Jest więc sprawą Zleceniobiorcy a nie Wykonawcy, aby praca jednego kierowcy nie przekraczała obowiązujących w tym zakresie norm. W wyliczeniach braliśmy pod uwagę koszty umów zleceń transportowych, a ilości kilometrów

zostały wyliczone na podstawie Google Maps. Natomiast załączona umowa o pracę, opiewająca na kwotę 2.070,00zł brutto dotyczy zawodowego kierowcy, który jest zatrudniony u wykonawcy od wielu lat. Etat ten jest utrzymywany jako pewnego rodzaju „rezerwa”, gdyby ewentualnie nastąpiło jakiegokolwiek „zakłócenie” w świadczonych z zewnątrz usługach transportowych. Dodatkowo informowano, że własny samochód jest stosunkowo nowy (rok produkcji 2007) i jego rzeczywiste spalanie przy pełnym załadunku w ruchu miejskim wynosi średnio 10l/100km. Aktualnie dla potrzeb Przystępującego wykorzystywanych jest jeszcze dodatkowo pięć samochodów dostawczych. Ceny opakowań jednorazowych zawarte w wyliczeniach są aktualnymi rzeczywistymi cenami zakupu tego typu opakowań, co potwierdza załączona do wyjaśnień faktura wystawiona przez firmę Complex Pack, na którą także powołuje się Odwołujący w swoim odwołaniu. W oparciu o w/w dokumenty zarzuty Odwołującego zawarte w odwołaniu dotyczące rzekomej nierzetelnej kalkulacji kosztów oraz kalkulacje przedstawione przez Odwołującego są nieprawdziwe i nie znajdują żadnego uzasadnienia faktycznego. Pozostałe argumenty podnoszone w odwołaniu, zdaniem Przystępującego, nie mają żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie a przywoływane w odwołaniu orzecznictwo dotyczy stanów faktycznych z okresu obowiązywania prawa o zamówieniach publicznych przed ostatnią nowelizacją. Mimo, że jest ono w większości aktualne, co do zasady, także po nowelizacji, to jednak oparte jest na odmiennych stanach faktycznych i nie może być decydującym argumentem Odwołującego w przedmiotowej sprawie. Znamienny jest ponadto fakt, że zarzut „zaniżonej ceny” Odwołujący stawia także pozostałym uczestnikom przetargu, których ceny ofertowe nie były bardzo zróżnicowane. Wynika z tego, że tylko cena przedstawiona przez Odwołującego jest prawidłowa i, prawdopodobnie w ocenie Odwołującego, Zamawiający winien, pozostałe oferty odrzucić i wybrać jego ofertę, która zawierała cenę najwyższą. Takie rozumowanie jest, zdaniem Przystępującego, absolutnie nie do przyjęcia i w sposób drastyczny narusza zasady obowiązujące w postępowaniach przetargowych. W związku z powyższym, generalny zarzut Odwołującego, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp w zakresie wyboru oferty Przystępującego, rzekomo zawierającej rażąco zaniżoną cenę, jest bezpodstawny i nieuzasadniony, co winno skutkować oddaleniem przedmiotowego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za ważną, która została sklasyfikowana na czwartej pozycji. Ma on zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu wobec ofert trzech poprzedzających go wykonawców, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego Serenissima Polska Sp. z o.o. z uwagi na spełnienie przez tegoż wykonawcę przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków przystąpienia. Natomiast w odniesieniu do zgłaszającego przystąpienie Wykonawcy GREK RTC S.A. stwierdziła, iż nie przystąpił do postępowania odwoławczego skutecznie, ponieważ w przewidzianym art. 185 ust. 2 ustawy Pzp 3-dniowym terminie, liczonym od otrzymania kopii odwołania, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone jedynie faksem. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego może zostać zgłoszone w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania i doręcza się je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, zaś jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgłoszenie przystąpienia w niniejszej sprawie zostało doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej we właściwej formie w dniu 25 lipca 2011 r., tj. z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jak było wskazane, zgłaszający przystąpienie otrzymał bowiem wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania w dniu 19 lipca 2011r., co oznacza, iż winno zostać wniesione we właściwej formie najpóźniej w dniu 22 lipca 2011r. O zachowaniu powyższego terminu nie świadczy doręczenie zgłoszenia przystąpienia faksem w dniu 22 lipca 2011 r., ponieważ przytoczony powyżej przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie dopuszcza faksu jako wystarczającej formy dla skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wynika to również z regulacji § 7 ust. 1 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280), zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej. Ponadto dla zachowania

ustawowego terminu na doręczenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej nie można uznać jego nadania w placówce pocztowej operatora publicznego, ponieważ z pojęcia „doręczenie” jednoznacznie wynika, iż decyduje faktyczny wpływ zgłoszenia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Izba wskazuje zatem, że nie może być ono uznane za skuteczne, a zgłaszający przystąpienie Wykonawca GREK RTC S.A. nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności dokumentację postępowania w tym ogłoszenie, siwz, oferty złożone w postępowaniu, wezwanie Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2011 r. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz treść wyjaśnień przedłożonych przez wykonawców, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione podczas posiedzenia i rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający jest zobligowany do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak ustawa Pzp nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”, jak również brak jest ujednoczonych kryteriów takiej oceny. Uwzględniając powyższe, zgodnie z zasadami przyjętymi w orzecznictwie, każdy przypadek zamawiający zobowiązany jest oceniać indywidualnie, *ad casum*, w kontekście okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, będzie ukształtowana przez doktrynę i orzecznictwo wykładnia, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Np. w opinii Urzędu Zamówień Publicznych wskazano: *„Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależyтым wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”*. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. *„O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być*

oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Brak uregulowania ustawowej definicji rażąco niskiej ceny, brak wyjaśnienia tejże definicji w dyrektywach oraz orzecznictwie ETS jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku braku definicji rażąco niskiej ceny, ustawodawca nie określił również przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. Każdorazowo zatem to zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Powyższe powinno zatem wynikać z analizy oferty, która to analiza pozwala na powzięcie wątpliwości, iż zaproponowana cena może być ceną rażąco niską. Warto wskazać, iż w doktrynie wskazuje się, iż takie podejrzania, odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, zamawiający winien powziąć, gdy cena oferty odbiega o dziesięć procent od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o dwadzieścia procent od wartości szacunkowej zamówienia (G.Wicik, E Wiśniewski w *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. C.H. Beck Warszawa 2007). Jest to jednak tylko pewna wytyczna, nie statuująca obowiązku żądania wyjaśnień w każdym podobnym przypadku. Warto w tym zakresie przytoczyć wyrok SO w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, zgodnie z którym: „Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia”. Tym samym, ustalając czy zachodzi podstawa do wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, punktem odniesienia może być, w zależności od danego przypadku, zarówno szacunkowa wartość zamówienia (powiększona o podatek VAT), jak i ceny pozostałych ofert. W ocenie Izby, ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulację mają wpływ zarówno uwarunkowania gospodarcze zbieżne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców. W żadnym razie nie można natomiast uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegające na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez

analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż w istocie Zamawiający nie wykazał, aby zachodziły przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do któregośkolwiek z wykonawców, do których wezwanie zostało skierowane. Zamawiający wskazywał, iż z uwagi na złożenie trzech ofert, których ceny za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowano na poziomie odbiegającym o ponad 10% od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, zdecydował o konieczności zbadania powyższych ofert w trybie art. 90 ustawy Pzp. Podnosił, iż obligowała go do tego ostrożność i rzetelność przeprowadzonego postępowania przetargowego, jakkolwiek już na etapie składania ofert proponowane przez wykonawców ceny wydawały się wiarygodne. Zamawiający podkreślał, iż stosując powyższą procedurę wykazał się nadprzeciętną dbałością i skrupulatnością w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, tym bardziej, że wezwani oferenci podali zbliżone wartości oferowanych usług, które różniły się od siebie zaledwie o kilka procent. Oferta Odwołującego nie została objęta tą procedurą, ponieważ przekroczyła szacunkową wartość zamówienia. Już powyższe wyjaśnienie wskazuje, iż Zamawiający de facto nie powziął uzasadnionych wątpliwości co do rzetelności zaoferowanych cen, a jedynie uznał konieczność wezwania w trybie art. 90 ustawy Pzp z uwagi na cenę niższą o ponad 10% niż wartość szacunkowa zamówienia. Ponadto stwierdzenie Zamawiającego wydaje się być wewnętrznie sprzeczne, ponieważ skoro uznawał ceny za wiarygodne, to w istocie brak było podstawy prawnej do wezwania, jako że następuje ono wówczas, gdy Zamawiający w oparciu o dokonaną analizę oferty, uwzględniając własne doświadczenie i znajomość rynku, poweźmie uzasadnione wątpliwości, iż zaproponowana cena nie jest wyrazem walki konkurencyjnej, lecz ceną spekulacyjną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Zamawiający zastosował mechanicznie kryterium arytmetyczne (ponad 10% różnicy w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT), przy czym kryterium to w istocie wynikało z jego arbitralnego stanowiska, jako że w żaden sposób nie uzasadnił, z jakich powodów to właśnie taki poziom różnicy w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia uzasadniać miałby podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak było to już wskazane, kryterium powyższe zawsze powinno mieć charakter zindywidualizowany, a nawet gdyby odwołać się do reguł wypracowanych w doktrynie, to podnosi się tam, iż podejrzenie zaproponowania rażąco niskiej ceny ewentualnie przyjąć można, gdy różnica w stosunku do wartości szacunkowej przekracza 20 % czy też 10% pomiędzy ofertami zbliżonymi cenowo. W niniejszym przypadku sytuacja taka nie miała miejsca. Zgodnie z obliczeniami dokonanymi

przez Zamawiającego cena oferty Serenissima Polska Sp. z o.o. to 83,63 % szacunkowej wartości zamówienia (2.023.809,75 złotych brutto/2.420.054,28 zł brutto), Catermed sp. z o.o. to 84,94% szacunkowej wartości zamówienia (2.055.484,51 złotych brutto/2.420.054,28 zł brutto), GREK RTC S.A. to 87,41% szacunkowej wartości zamówienia (2.115.431,12 złotych brutto/2.420.054,28 zł brutto). Spośród czterech złożonych w postępowaniu ofert jedynie oferta Odwołującego przekroczyła szacunkową wartość zamówienia (2.432.194,78 zł brutto – po poprawieniu omyłki 2.432.415,75 zł brutto/ 2.420.054,28 zł brutto). Tym samym różnica pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a ceną najtańszej oferty nie przekroczyła 20%, a i różnice pomiędzy kolejnymi ofertami (za wyjątkiem oferty Odwołującego) nie przekraczały kilku procent. Nieprawidłowe są natomiast obliczenia dokonane przez Odwołującego w treści odwołania, z których wynika m.in. iż cena oferty najtańszej stanowiła jedynie 77,4% szacunkowej wartości zamówienia. Nie jest wiadomym, na jakiej podstawie Odwołujący takich obliczeń dokonał, a z pewnością nie uwzględniają one szacunkowej wartości zamówienia tak, jak została ona określona przez Zamawiającego. Ponadto, jak było to wskazane, samo odwołanie się do szacunkowej wartości zamówienia nie jest prawidłowe. Uwzględnić należy okoliczność, iż szacując zamówienie, Zamawiający zwykle dokonuje tego z uwzględnieniem zasad ostrożnej wyceny, zwyżając je zazwyczaj, a nie zaniżając, także jego wiedza o rynku jest dość ograniczona i opiera się zwykle na dotychczas ponoszonych kosztach. Odwołujący jest obecnym wykonawcą przedmiotowego zamówienia, co również, jak można przypuszczać, nie pozostaje bez wpływu na fakt, iż jego wycena jest najbliższa wartości szacunkowej. Istotne są również ceny rynkowe, na które zresztą powoływał się i Odwołujący, utożsamiając jednak własne ceny z cenami rynkowymi. Nie przedłożył natomiast żadnych dowodów, iż proponowany przez niego poziom cen i kosztów stanowi odzwierciedlenie rzeczywistych tendencji na rynku. Tymczasem wykonawca Serenissima Polska Sp. z o.o. przedstawił przykłady umów z placówkami medycznymi na świadczenie usług gastronomicznych, z których wynika, iż zaproponowany poziom cen nie odbiega w sposób znaczący od cen stosowanych i oferowanych na rynku (w szczególności przez tego wykonawcę), a które nie były uznane za rażąco niskie. Powyższe nie stanowi oczywiście potwierdzenia, iż ceny zaproponowane w niniejszym postępowaniu nie są rażąco niskie, ponieważ warunki wykonania zamówienia mogą być istotnie odmienne, jednak bez wątpliwości obrazują tendencje rynkowe. Należy podkreślić, iż Zamawiający nie podnosił żadnej innej argumentacji poza okolicznością, iż wezwania dokonał „z ostrożności”, a zatem trudno dopatrzeć się w jego stanowisku przesłanek potwierdzających faktyczne zrodzenie się po jego stronie wątpliwości co do zaproponowanej przez trzech wykonawców ceny. Skorzystanie przez Zamawiającego z procedury wyjaśnień oferty w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi niewątpliwie uprawnienie Zamawiającego, co jednak z uwagi na treść art. 7 ustawy Pzp nie oznacza, iż Zamawiającemu przyznano w tej mierze całkowitą dowolność.

Tym samym zastosowanie powyższej regulacji winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w niniejszym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy Pzp. Powyższe wezwanie wiąże się bowiem z bardzo istotnymi konsekwencjami dla wykonawcy składającego ofertę, a podjęcie polemiki z wezwaniem w drodze środków ochrony prawnej w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie zna źródła wątpliwości Zamawiającego wobec sformułowania wezwania w sposób ogólnikowy, jest ograniczone. Należy bowiem podkreślić, iż procedura wyjaśnień jest obowiązkowa, gdy Zamawiający zamierza zastosować wobec wykonawcy sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp tj. odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę.

Również z treści wezwań Zamawiającego skierowanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tożsamych w swej treści do wszystkich wykonawców, nie sposób wywieść, jakie elementy kalkulacyjne ceny wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający sformułował wezwanie ogólnikowo, nie wskazując, jakich konkretnie domaga się wyjaśnień i do jakich kwestii wykonawca ma się ustosunkować. Podnosił jedynie, iż wezwanie dokonywane jest w celu ustalenia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ma przedstawić szczegółową kalkulację obejmującą wszystkie elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia wraz z udokumentowaniem tych składników cenotwórczych.

Zamawiający nie uwzględnił również, ani nie ocenił, okoliczności, iż spośród czterech ofert złożonych w postępowaniu trzy zawierały ceny zbliżone do siebie, aczkolwiek różne od szacunkowej wartości zamówienia, natomiast tylko jedna – aktualnego wykonawcy (Odwołującego) – była ceną odpowiadającą wartości szacunkowej zamówienia, wyższą jednak od pozostałych cen zaoferowanych. Nie ocenił zatem rynkowej zasadności ofert, tj. czy stanowią one wyraz nieuczciwej walki konkurencyjnej opartej o zniżenie realnych cen, czy też przeciwnie obrazują aktualny obraz lokalnego rynku i cen tam obowiązujących. Tym samym, zdaniem Izby, sama czynności wezwania dokonana została z naruszeniem uprawnień wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, stwierdzić należy, odnosząc się do treści samego wezwania, iż skoro powinno być ono wyrazem umotywowanego przekonania Zamawiającego o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, to wezwanie winno być na tyle precyzyjne, aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do wątpliwości Zamawiającego. *„Pytanie do wykonawcy powinno więc wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości zamawiającego i co do których oczekuje wyjaśnień. Rzeczą*

wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny." (cyt. wyrok SO w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10). Powyższe stanowisko nie wynika literalnie z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jako że przepis ten nie zawiera żadnego normatywnego wzorca, jak należy sformułować wezwanie do wyjaśnień. Jednakże, uwzględniając naczelne zasady postępowania, uznać należy, iż wezwanie winno być sformułowane w sposób, który daje wykonawcy możliwość ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający nie może natomiast obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty, skoro nie sprecyzował stopnia szczegółowości wyjaśnień, jakich oczekiwał. Równocześnie w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego, ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień spoczywa na Odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził iż *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne"* (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08). Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia takie zostały przedstawione. Zamawiający dokonał analizy tych wyjaśnień oraz złożonych dowodów i uznał, że dokonana ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co warunkuje jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym to rzeczą Odwołującego jest wykazanie, iż ceny zaoferowane przez wykonawców Serenissima Polska sp. z o.o., Catermed sp. z o.o. oraz GREK RTC S.A. są cenami rażąco niskimi. Należy bowiem wskazać, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje odrzucenie oferty, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub gdy ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Rzeczywiście orzecznictwo wskazuje, iż wyjaśnienia lakoniczne czy ogólnikowe są utożsamiane z brakiem złożenia wyjaśnień. Równocześnie jednak argument powyższy nie może być wykorzystywany do określania w ten sposób każdego wyjaśnienia, jako że otwierałoby to możliwość oparcia argumentacji w zakresie rażąco niskiej ceny wyłącznie na takim stwierdzeniu, bez konieczności dowodzenia, iż istotnie dana oferta zawiera rażąco niską cenę. W niniejszej sprawie wyjaśnienia zostały przez wszystkich wykonawców złożone, każdy z nich przedstawił kalkulację cenową, przy czym Zamawiający

nie sprecyzował w żaden sposób, jak taka kalkulacja cenowa ma być przygotowana, jakie elementy budzą wątpliwości Zamawiającego. W tego względu przyjąć należy, iż wykonawcom pozostawiono swobodę co do sposobu sformułowania wyjaśnień. Tym samym w niniejszej sprawie nie znajdzie zastosowania przesłanka odrzucenia oferty z uwagi na niezłożenie wyjaśnień, lecz wyrażona w dalszej części przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, tj. iż ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby uzasadnienie odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu wyłącznie w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wezwanego wykonawcę byłoby czynnością nieprawidłową, bowiem to nie wyjaśnienia stanowią o tym, czy cena zaoferowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ceną rażąco niską. Zamawiający dokonuje weryfikacji elementów oferty z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz przedłożonych przez niego dowodów, a odrzuca ofertę, jeżeli ocena wyjaśnień potwierdza wątpliwości Zamawiającego, a więc potwierdza, że oferowana cena jest rażąco niska. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano konieczność wąskiej interpretacji sankcyjnych przepisów ustawy Pzp, w szczególności przesłanek odrzucenia oferty. Zasadnym jest zatem zastosowanie tych samych reguł również do interpretacji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego względem poszczególnych ofert stwierdzić należy, co następuje.

W zakresie oferty złożonej przez Catermed Sp. z o.o. i GREK RTC S.A. Odwołujący wskazywał, iż podmioty te nie załączyły dowodów potwierdzających złożone wyjaśnienia, co uniemożliwia ich merytoryczną i obiektywną ocenę. Wyjaśnienia natomiast ze swej istoty mają wymiar subiektywny, gdyż składa je podmiot najbardziej zainteresowany w sprawie. Izba wskazuje, iż w jej opinii przedstawienie dowodów nie stanowi obowiązku wykonawcy. Ustawodawca nie zobowiązał w sposób bezwzględny i konieczny wykonawców do przedstawiania dowodów na swoje twierdzenia, ustawodawca dopuścił jedynie możliwość poparcia twierdzeń dowodami. Zaznaczyć należy, iż określona w art. 90 ustawy Pzp procedura ma charakter wyjaśniający (np. przywołany wyrok z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu, sygn. akt X Ga 140/08), dlatego też to oświadczenie wykonawcy, który składa wyjaśnienia stanowi podstawę w zakresie oceny wyjaśnień dokonywanej przez Zamawiającego. Brak dowodów nie może zatem stanowić wyłącznego uzasadnienia dla uznania braku wiarygodności wyjaśnień. Podobne stanowisko wyrażone zostało w przywoływanym przez Zamawiającego orzecznictwie KIO (np. wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1157/10, wyrok z dnia 2 sierpnia 201 r. sygn. akt KIO/UZP 1515/10). Brak dowodów nie zdejmuje także z Odwołującego kwestionującego ocenę wyjaśnień przez Zamawiającego ciężaru dowodu, iż istotnie zaproponowana cena jest

rażąco niska. Tym samym niedołączenie do wyjaśnień Catermed sp. z o.o., a także GREK RTC S.A. dowodów potwierdzających zastosowaną kalkulację nie może *per se* stanowić wystarczającego uzasadnienia, iż wyjaśnienia są niewiarygodne i należy uznać, iż wykonawcy ci w istocie zaoferowali wykonanie zamówienia za cenę rażąco niską. Ponadto podkreślić należy słuszność argumentacji Zamawiającego, iż Odwołujący unika porównania ze sobą poszczególnych ofert, koncentrując się na ich wybranych, szczegółowych elementach. Natomiast analiza ceny oferty jako rażąco niskiej następuje co do zasady w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych cen czy kosztów jednostkowych. Oznacza to zatem, iż przedmiotem dowodu Odwołującego winno być nie tylko to, że brak jest w wyjaśnieniach ujęcia określonego kosztu czy też fakt jego zniżenia, ale także wpływ tego kosztu na cenę oferty w tym kontekście, iż zniżenie kosztów powoduje niemożliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę bez generowania strat. Odwołujący przyjmuje także jako punkt odniesienia własną kalkulację, uznając ją za „rynkową”, bez jednoczesnego uzasadnienia, z jakich względów pozostałym ofertom i zawartym tam kalkulacjom waloru „rynkowości” przypisać nie można. Odwołuje się też do własnej metodologii kalkulacji kosztów, nie uzasadniając, z jakich względów uznać ją można za jedyną dopuszczalną czy właściwą.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty Serenissima Polska Sp. z o.o. stwierdzić należy, iż Odwołujący bezzasadnie zarzucał wykonawcy zniżenie tzw. „wsadu do kotła”. Z zarzutu tego zresztą w toku rozprawy się wycofał, uznając argumentację, iż z uwagi na niesprecyzowanie w siwz, czy podana kwota 6 zł jest kwotą netto czy brutto, wykonawca był uprawniony do uznania, iż dla celów kalkulacji ceny diet przyjąć może, iż stanowi ona cenę brutto (przyjęta kwota 5,63 zł netto była zatem dopuszczalna). W doniesieniu do zniżonych cen kosztów pracowniczych Odwołujący arbitralnie przyjmuje, iż do wykonania zamówienia niezbędnych jest 18 pracowników, tj. 14 pracowników podstawowych plus 4 kierowców, dokonując własnych wyliczeń opartych o przyjętą przez siebie metodologię. Argumentuje również, odwołując się do treści wykazu pracowników, iż wykonawca wskazał tam 27 osób personelu wykonującego zamówienie, co oznacza konieczność wyceny zatrudnienia wszystkich tych osób. W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, iż zarówno zaprezentowana przez Odwołującego metodologia wyliczenia kosztów, jak i zasady ich kalkulacji uznać można za jedyne, na które zasadnie wykonawca mógłby się powołać. Zdaniem Izby okoliczność, iż wykonawca wskazał w ofercie określony personel jako ten, który wykonywać będzie zamówienie, nie jest tożsame z wliczeniem na potrzeby kalkulacji oferty pełnych kosztów zatrudnienia tych osób. Niewątpliwie bowiem nie będą to osoby dedykowane wyłącznie do realizacji tego zamówienia. Ponadto i z analizy pozostałych ofert nie sposób było dopatrzeć się takiego

sposobu rozumowania. Także w ofercie Odwołującego, jak sam przyznał, w wykazie wymieniono 7 osób (personelu podstawowego), a na potrzeby wyceny ujęto inną (u Odwołującego - większą) ich liczbę. Zweryfikowanie prawidłowości kosztów pracowniczych nie mogło zatem nastąpić wyłącznie z uwzględnieniem treści wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia wskazanych w ofercie. Odwołujący nie przedstawił też przekonywującego wyjaśnienia, iż jedynie jego kalkulacja kosztów ujmująca pełne koszty zatrudnienia 18 osób jest prawidłowa. Wykonawca Serenissima Polska Sp. z o.o. wskazywał na rozprawie, iż w swoich kosztach ujął jedynie zatrudnienie dodatkowych osób, ponieważ w ramach istniejącej u niego „rezerwy produkcyjnej” osoby zatrudnione obecnie mogą i będą brały czynny udział także przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Z tego względu uwzględniono koszt zatrudnienia 5 dodatkowych osób – 2 kucharzy i 3 pomocy kuchennych oraz doliczono ¼ etatu dietetyka i ¼ etatu kierownika kuchni. W przeliczeniu na koszt osobodnia koszt ten skalkulowano na 0,55 zł. Należy wskazać, iż także w kalkulacjach Odwołującego koszty pracownicze obliczone dla 6 osób kształtowały się na poziomie 0,57 zł. Odwołujący nie przedstawił natomiast przekonywującej argumentacji, z jakich względów pozyskanie przedmiotowego zamówienia wiązać miałyby się z koniecznością tak znacznego rozbudowania istniejącego personelu, jeżeli znacząca część czynności i procesów technologicznych związanych z wykonaniem zamówienia ma charakter zautomatyzowany. Odwołujący nie zaprezentował dowodów wskazujących na maksymalny poziom produktywności jednego pracownika, który uniemożliwia realizację powyższego zamówienia jedynie przy pomocy posiadanego personelu i przy zakładanym przez wykonawcę wzroście zatrudnienia. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż koszt zatrudnienia kierowcy został przez wykonawcę ujęty w koszcie transportu. Tymczasem Odwołujący zatrudnienie kierowców wyliczył zarówno w kosztach pracowniczych, jak i kosztach transportu, przy czym w kosztach pracowniczych ujął wynagrodzenie 4 kierowców, a w kosztach transportu 2. Kwestionując z kolei koszt transportu Odwołujący błędnie przyjął aktualne ceny paliwa netto na poziomie 4,6-4,9 zł za litr. Wykonawca Serenissima Polska Sp. z o.o. uwzględnił koszt 4,02 zł netto i załączył na potwierdzenie tegoż kosztu fakturę zakupu. W istocie Odwołujący pomylił koszt brutto i netto i na założeniu tym opierał także dalsze wyliczenia. Ponadto Odwołujący uwzględniał koszt paliwa oraz amortyzacji dwóch samochodów oraz koszt zatrudnienia dwóch kierowców, uznając brak możliwości wykonania zamówienia w inny sposób. Tymczasem w wyjaśnieniach wykonawca skalkulował koszty w oparciu o godzinową stawkę 10zł za godzinę wynikającą z umowy zlecenia, aczkolwiek w tym zakresie przyznać można rację Odwołującemu, iż podanie danych dotyczących kosztu kierowcy zatrudnionego na umowę o pracę mogło być mylące. Równocześnie jednak uznać można zasadność argumentacji, iż konieczność wykonywania transportu przez co najmniej dwie osoby, nie jest tożsama z przyjęciem, iż w każdym razie niezbędne jest zatrudnienie dwóch kierowców, a

pełny koszt ich zatrudnienia należałoby wliczyć do kosztu usługi. Ponadto wyliczając koszty wykonawca z pewnością dokonuje pewnych założeń, które podlegać mogą w zależności od okoliczności faktycznych zmianom. Z kolei kwestionując kalkulację kosztów opakowań jednorazowych Odwołujący pominął fakt, iż wykonawca załączył do kalkulacji dowody zakupu. Okoliczność, czy Odwołujący się z nimi zapoznał i czy je przeanalizował na potrzeby sporządzenia przedmiotowego odwołania pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości kalkulacji. Odwołujący w żaden sposób nie podważył wyceny kosztu naczyń jednorazowych wynikającego z wyjaśnień (1,12 zł). Rzeczywiście natomiast przyznać należy, iż błędnie podano średni koszt na poziomie 0,19 zł, uwzględniając sposób wyliczenia dokonany przez wykonawcę, tj. ilość posiłków diety dwuskładnikowej i pięcioskładnikowej pomnożony przez 1,12 zł i podzielony przez ogólną ilość posiłków. Przy takich założeniach koszt ten kształtuje się na poziomie około 0,27 zł. Nie wykazano jednak, iż powyższa omyłka ma znaczenie istotne na tyle, aby uzasadnić zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący nie uzasadnił, z jakich względów odnoszenie kosztów do średniej ilości osobodni miesięcznie wynikającej z rozdziału III pkt A ppkt 2-4 siwz (tj. 19.809) nie jest właściwe, choć wyraźnie posługuje się nim zarówno wykonawca Serenissima Polska Sp. z o.o., jak i Catermed Sp. z o.o., a w istotny sposób wpływa to na przedstawiany sposób wyceny (wycena Odwołującego jest zawyżona w porównaniu do wyceny Serenissima Polska Sp. z o.o. i Catermed Sp. z o.o.). Odwołujący podnosił również brak wykazania przez Serenissima Polska Sp. z o.o. poziomu zysku. Należy wskazać, iż Zamawiający nie wymagał jednoznacznie podania założonego zysku. Oczywiście zysk stanowi niewątpliwie element kalkulacyjny ceny, jednak Zamawiający, który nie podał minimalnej zawartości wyjaśnień, gdyby uznawał, iż wyjaśnienia nie były wystarczające, mógłby zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie informacji w tym zakresie. Powyższa niedoskonałość wyjaśnień nie może być zatem utożsamiana z potwierdzeniem braku założenia osiągnięcia zysku przez wykonawcę z tytułu realizacji tego zamówienia w ogóle i uzasadniać przyjęcie rażąco niskiej ceny. Takiego oświadczenia wykonawca nie złożył, a przedmiotowego wniosku nie sposób także wysnuć z przedstawionej analizy kosztów. Wykonawca wskazał, iż jego zysk stanowi różnica pomiędzy uśrednioną kwotą kosztów i ceną realizacji zamówienia. Uśrednione koszty wyliczone zostały na 7,09 zł. Uwzględniając nawet nieścisłości w wyliczeniu kosztu naczyń jednorazowych, Odwołujący nie wykazał, aby osiągnięcie zysku nie było możliwe. Nie dowodził także, iż podobne uśrednienie uznać należy za niedopuszczalne.

Kwestionując rzetelność kalkulacji Catermed Sp. z o.o. Odwołujący wskazywał, iż w zakresie kosztów ogólnych wykonawca ten skalkulował wynagrodzenie jedynie dwóch dodatkowo zatrudnionych pracowników, z pominięciem wynagrodzenia pozostałych pracowników, podczas gdy w wykazie zawartym w ofercie umieścił 14 osób personelu

podstawowego (oprócz dwóch osób personelu kierowniczego). Zdaniem Odwołującego taka kalkulacja podważa rzetelność zaoferowanej ceny i nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia, jako że wykonawca obiektywnie nie jest w stanie wykonać zamówienia jedynie z udziałem dwóch dodatkowo zatrudnionych do nadzoru pracowników, przy założeniu iż aktualnie realizuje inne zamówienia, przy których zatrudnieni są pracownicy. Ponadto kalkulacja nie uwzględnia kosztów zakupu opakowań cateringowych i waników. Odwołujący kwestionował również przyjętą przez wykonawcę średnią miesięczną liczbę osobodni, która kształtuje się na poziomie 16.770 a nie 19.809, co wpływa na niedoszacowanie kwoty kosztów ogólnych (1,72 zł za osobodzień, a nie 1,46 zł). W ocenie Izby powyższą argumentację nie sposób uznać za wystarczającą dla uzasadnienia, iż wykonawca istotnie zaoferował rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. W zakresie sposobu kalkulacji kosztów, w ocenie Izby, wykonawcy posiadają dowolność co do przyjętej metodologii takiej kalkulacji. Odwołujący nie dowiódł, iż w istocie wykonawcy powinni posługiwać jednym wzorcem takiej kalkulacji, a zatem aby założenia poczynione przez Catermed Sp. z o.o. nie znajdowały racjonalnego uzasadnienia. Odwołujący kwestionował sposób wyceny kosztu personelu, odwołując się do treści oferty. Wykonawca Catermed Sp. z o.o. potwierdził w treści wyjaśnień, iż zamówienie wykonywał będzie personel podstawowy w ramach dotychczasowych obowiązków, stąd przy kalkulacji ceny oferty uwzględniono tylko koszt zatrudnienia dodatkowych pracowników. Odwołujący nie wykazał, z jakich względów niezbędne jest uwzględnienie w cenie oferty kosztów zatrudnienia całego personelu, a także w jaki sposób i w jakiej proporcji winno to jego zdaniem nastąpić przy uwzględnieniu, iż są to osoby zatrudniane przez wykonawcę na stałe, koszt ich wynagrodzenia ponoszony jest niezależnie od pozyskania przedmiotowego zamówienia, a zakres obowiązków obejmuje wykonywanie także innych zleceń. Nie wskazał także, choćby orientacyjnie, o ile w jego opinii koszt personelu został zaniżony i w jaki sposób wpływa to na wycenę oferty, a zarazem potwierdza zaoferowanie usługi za cenę rażąco niską. Podobnie, wskazując na brak wyceny opakowań cateringowych i waników, pomija zawarte w wyjaśnieniach stwierdzenie, iż wykonawca dysponuje odpowiednią liczbą termosów i pozostałego niezbędnego wyposażenia, stąd wykonanie zamówienia nie będzie wiązać się dla niego z nakładami inwestycyjnymi w tym zakresie. Nie odniósł się także do szacunkowego kosztu pominiętego przez wykonawcę. W swojej ocenie Odwołujący pominął także, iż w wycenie Catermed Sp. z o.o. jak składnik cenotwórczy kosztów stałych wskazano „koszty pozostałe” stanowiący zgodnie z wyjaśnieniami rezerwę na inne nie wymienione koszty, a także marżę i rezerwę na wzrost kosztów. Określono również, iż szacowany zysk wynosi 4-8% w zależności od rodzaju diety. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, iż nieuwjęte koszty nie mogą znaleźć pokrycia w pozycji „koszty pozostałe”, kwocie rezerwy i marży czy skutkować obniżeniem zakładanego zysku. Należy zwrócić uwagę, na co wskazywał także Zamawiający, iż ocena oferty jako

zawierającej rażąco niską cenę następuje co do zasady w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych cen czy kosztów jednostkowych. Oznacza to zatem, iż przedmiotem dowodu Odwołującego winno być nie tylko to, że brak w wyjaśnieniach ujęcia określonego kosztu, ale także wpływ tego kosztu na cenę oferty w tym kontekście, iż zaniżenie kosztów powoduje niemożliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę bez generowania strat. Ponadto odnosząc się do zaniżonej, zdaniem Odwołującego, kwoty kosztów ogólnych wynikającej z nieprawidłowej (zawyżonej) średniej liczby osobodni w miesiącu wskazać należy, iż liczba 19.809 określona w ofercie Catermed Sp. z o.o. stanowi wskazaną w siwz średnią ilość osobodni miesięcznie w relacji do poszczególnych diet, która stanowiła podstawę wyceny kosztów diet. Brak zatem przekonywującego uzasadnienia, z jakich względów nie było dopuszczalne czy racjonalne posłużenie się tą wartością przy wycenie kosztów ogólnych. Odwołujący nie wykazał zatem, w jaki sposób wycena kosztów przez wykonawcę potwierdza, iż nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę.

Z kolei w przypadku wyceny dokonanej przez GREK RTC S.A. Odwołujący podnosił brak danych umożliwiających weryfikację w poszczególnych pozycjach kosztów, jak również fakt wykonywania zamówienia przy pomocy aktualnego personelu. Podnosił także ogólny charakter wyjaśnień. Jego zdaniem nie wynika z nich, jakie koszty wykonawca wziął pod uwagę przy zakupie wymaganego sprzętu (naczynia jednorazowe, warniki, termosy, pojemniki GN) i czy w ogóle zostały one uwzględnione w kalkulacji. Odwołujący zarzucał także brak przedstawienia dowodów uzasadniających kalkulację. Odnosząc się do zarzutu niewystarczających danych do oceny wyjaśnień stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wskazał żadnego wzorca wyjaśnień, nie wskazał, jakie elementy należy podać, aby uczynić zadość żądaniu Zamawiającego. Z treści wyjaśnień wykonawcy GREK RTC S.A. wynika, iż wykonawca ten wskazał koszty składające się łącznie na koszt jednego osobodnia. Odnosił się również do czynników, które zdecydowały o wysokości zaproponowanej ceny. Wskazał, iż zwiększenie produkcji o 25-28% (ilość objęta siwz) jest realne bez potrzeby dokonywania zakupu dodatkowego sprzętu czy wyposażenia. Wskazywał także, iż efekt zwiększenia produkcji przy zachowaniu wszystkich warunków wymaganych przez Zamawiającego spowodowałby obniżenie kosztów całej produkcji, a zarazem obniżenie jednostkowego kosztu każdego posiłku. Wykonawca podkreślał, iż w kalkulacji przewidziano wszystkie składniki mające wpływ na koszt osobodnia. Uwzględniając zatem powyższe założenia, w ocenie Izby, Odwołujący jako profesjonalista nie był pozbawiony możliwości polemiki z kalkulacją osobodnia przedstawioną przez wykonawcę. Odwołujący zarzucał, iż wykonawca nie przewidział zatrudnienia dodatkowego personelu, co jego zdaniem dyskwalifikuje jego ofertę. Pomija jednak treść wyjaśnień, w której wykonawca stwierdza, iż wzrostyby

zatrudnienie w pionie pracowników bezpośrednio produkcyjnym (kucharze, pomoce) oraz wycenia koszty pracownicze na poziomie 0,76 zł. Odwołujący w żaden sposób do powyższej wyceny się nie odnosi. Co do kosztów wymaganego sprzętu wykonawca podniósł brak konieczności zakupu dodatkowego sprzętu czy wyposażenia. Ponadto Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości poszczególnych kosztów, a zatem, że wykonawca w treści wyjaśnień jest zobowiązany wyróżnić określone koszty np. naczyń jednorazowych. Ponadto, jako że analiza ceny oferty jako rażąco niskiej następuje co do zasady w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, a nie poszczególnych cen czy kosztów jednostkowych, przedmiotem dowodu Odwołującego winno być nie tylko to, że brak w wyjaśnieniach ujęcia określonego kosztu, ale także wpływ tego kosztu na całkowitą cenę oferty i niemożliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę bez generowania strat. Podobnie jak w przypadku Catermed Sp. z o.o. dowodu takiego Odwołujący nie przeprowadził. W zakresie zarzucanego nieprzedstawienia dowodów potwierdzających kalkulację wykonawcy aktualne pozostają rozważania dotyczące oferty Catermed Sp. z o.o.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając poniesione przez Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wynikającej w przedłożonej faktury.

Przewodniczący: