

Łódź, dnia 30 listopada 2021 roku

Do: Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Szpital Ogólny w Kolnie
z siedzibą w Kolnie
ul. Wojska Polskiego 69, 18-500 Kolno
KRS: 0000059112
Tel.: +48 (86) 2739330
FAX: + 48 (89) 6469250
E-mail: zp@szpitalkolno.pl
www.szpitalkolno.pl

Odwołujący: CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź
KRS: 0000914373
Tel. +48 426405777
FAX: +48 422572816
e-mail: przetargi@rekeep.pl

reprezentowana przez pracownika – Magdalenę Kolińską
adres do doręczeń – jak adres Odwołującego

Dotyczy: postępowania prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 - zwanej dalej „Pzp”), pn. „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 października 2021 roku pod numerem: 2021/BZP 00247689/01, numer referencyjny: Sz.O./ZP/12/2021.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – CATERMED sp. z o.o. – na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 Pzp **wnoszę odwołanie** wobec:

1. czynności wezwania wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w jego ofercie, która została dokonana w sposób niezgodny z przepisami Pzp,
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, z powodu rażąco niskiej ceny w jego ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 224 ust. 4 w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp** przez skierowanie do wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA

CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w jego ofercie bez żądania wyjaśnień co najmniej w zakresie:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, oraz
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

- na skutek czego, wobec nieuwzględnienia tych kwestii także w wyjaśnieniach złożonych przez tego wykonawcę, czynność ta jest nieprawidłowa i wpływa na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie zweryfikowano, czy cena w ofercie tego wykonawcy jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

2. **art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1, art. 16 pkt 1-3, art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp** poprzez skierowanie do wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, wezwania do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w jego ofercie w sposób nazbyt ogólnikowy, lakoniczny, bez zadania konkretnych pytań co do kosztów cenotwórczych w ofercie, na skutek czego doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, gdyż skierowanie wezwania tej treści nie zapewnia uzyskania od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności z wyjaśnieniem umożliwiającym stwierdzenie, czy wykonanie zamówienia przyniesie zysk, czy przyniesie straty,
3. **art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, z powodu rażąco niskiej ceny w jego ofercie w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy:
 - a) istniały przesłanki do stwierdzenia, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
 - b) złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
 - c) wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
4. **art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2, art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp** poprzez dokonanie jako najkorzystniejszej wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie jako niezwyfikowana pod tym kątem przez Zamawiającego w kontekście zapisu art. 224 ust. 4 Pzp.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk,
3. ewentualnie, jeśli Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzi, że rozpoznanie zarzutu nr 3 jest przedwczesne, o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk, do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie, w związku z

wystąpieniem przesłanki, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, w następującym zakresie:

Wyjaśnienia Wykonawcy winny zawierać szczegółową kalkulację ceny poszczególnych elementów kosztów w odniesieniu do uwarunkowań zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, tj. kosztów:

- 1) Wyprodukowania posiłków dla pacjentów Szpitala Ogólnego w Kolnie;*
- 2) Dystrybucji posiłków do poszczególnych oddziałów Zamawiającego,*
- 3) Wynagrodzeń dla pracowników Wykonawcy zatrudnionych przy produkcji posiłków, transporcie i dystrybucji, oraz ewentualnie innych osób, zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy,*
- 5) Transportu i utylizacji odpadów wytwarzanych u Wykonawcy oraz u Zamawiającego,*
- 6) Nakładów na sprzęt i wyposażenie (amortyzacja w przypadku jej podleganiu).*

Przy wyjaśnieniach należy również udzielić odpowiedzi na poniższe pytania Zamawiającego:

- 1) Jaką ilość osób Wykonawca przeznacza do obsługi przedmiotowej umowy? Ile z tych osób jest obecnie zatrudnionych u Wykonawcy (stosunek pracy)? Należy wykazać ilość personelu przeznaczonego do realizacji niniejszej umowy.*
 - 2) Ilu pracowników Wykonawcy w skali miesiąca jest przewidywanych do produkcji posiłków, ich transportu oraz ich dystrybucji, oraz ewentualnie innych osób, zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy?*
 - 3) Jaka jest przyjęta w skali miesiąca liczba roboczogodzin dla realizacji zamówienia?*
 - 4) Jaką wielkość zysku zakłada Wykonawca przy przedmiotowym zamówieniu?*
 - 5) W jaki sposób Wykonawca zapewnia zgodność wykonania zamówienia z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie?*
4. dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
 5. dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. pismo Odwołującego z dnia 23 listopada 2021 r. do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu i całą korespondencją Zamawiającego z wykonawcami,
2. pismo przewodnie Zamawiającego do Odwołującego z dnia 25 listopada 2021 r. o udostępnieniu złożonych ofert i korespondencji
- 1-2) celem wykazania, że Odwołującemu przekazano treść wezwania z dnia 16 listopada 2021 r. wykonawcy Ireneusza Andrejczyka do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w ofercie dopiero w dniu 25 listopada 2021 r.,
3. wezwanie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka z dnia 16 listopada 2021 r. do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w ofercie,
4. wyjaśnienia wykonawcy Ireneusza Andrejczyka z dnia 22 listopada 2021 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny w ofercie, wraz z załączoną do nich fakturą
- 3-4) celem wykazania wadliwości wezwania oraz że wyjaśnienia wykonawcy nie wykazują braku rażąco niskiej ceny w ofercie,
5. umowa z dnia 15 marca 2021 r. nr BZP/5/2021 między Zamawiającym a wykonawcą Ireneuszem Andrejczykiem,

6. aneks nr 1 do w/w umowy,
 7. aneks nr 2 do w/w umowy,
 8. aneks nr 3 do w/w umowy
- 5-8) celem wykazania, że obecnie realizowana przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka na rzecz Zamawiającego umowa o wykonanie usług gastronomicznych jest umową zawartą w trybie z wolnej ręki,
9. ogłoszenie o zamówieniu na świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie z dnia 20 lipca 2021 r.; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
 10. informacja z otwarcia ofert z dnia 3 sierpnia 2021 r.; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
 11. oferta złożona przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021, wraz z formularzem cenowym i ofertowym,
 12. odwołanie z dnia 14 września 2021 r. na wybór oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka jako oferty najkorzystniejszej
 13. pismo Zamawiającego z dnia 17 września 2021 r. - informacja o unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
 14. pismo Zamawiającego z dnia 21 września 2021 r. - informacja o unieważnieniu postępowania; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
 15. pismo Zamawiającego z dnia 4 października 2021 r., skierowane do Krajowej Izby Odwoławczej, z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021
- 9-15) celem wykazania, że Zamawiający w bezpośrednio poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uwzględnił odwołanie zawierające zarzut spełnienia przesłanek rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka i w konsekwencji następnie pominięcia oceny tej oferty przez Zamawiającego przy podejmowaniu decyzji o unieważnieniu postępowania, a także celem wykazania, że w tamtym postępowaniu Zamawiający zamierzał udzielić zamówienia na okres 24 miesięcy,
16. formularz cenowy załączony do oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021
 17. formularz cenowy załączony do oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
- 16-17) celem wykazania, że wykonawca Ireneusz Andrejczyk zaoferował identyczne ceny jednostkowe netto i brutto za takie same posiłki zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021 (okres realizacji: 24 miesiące), jak i w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (okres realizacji: 12 miesięcy),
18. SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021 – celem wykazania, że przedmiot zamówienia w tamtym zamówieniu oraz w niniejszym jest tożsamy, zaś w sytuacji zróżnicowania jedynie okresu realizacji wykonawca Ireneusz Andrejczyk zaoferował identyczne ceny ofertowe.

Oświadczam, iż Odwołujący posiadają interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, za ofertą złożoną przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk. W konsekwencji, w wypadku uwzględnienia żądań odwołania, i w rezultacie ewentualnego odrzucenia oferty tego

wykonawcy, to oferta Odwołującego będzie podlegała wyborowi jako oferta najkorzystniejsza.

Uzasadnienie

W dniu 27 października 2021 roku Zamawiający wszczął trybie prowadzonym podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 P.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie”.

Oferty w tym postępowaniu złożyli:

1. Odwołujący;
2. Ireneusz Andrejczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk;
3. Marcin Lipiński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: „LIPIŃSKI” Marcin Lipiński.

W dniu 25 listopada 2021 r. Zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Z jego treści wynika, że dokonano wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, zaś oferty zostały sklasyfikowane w sposób następujący:

1. Oferta Nr 3

Firma Cateringowa Ireneusz Andrejczyk, ul. 11 Listopada 82/6, 74-100 Gryfino

Liczba pkt. w kryterium cena – 60,00 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Szefa kuchni – 14,00 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Dietetyka – 14,00 pkt.

Łączna ilość punktów: 88,00 pkt.

2. Oferta Nr 2

Catermed S. A., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź

Liczba pkt. w kryterium cena – 33,22 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Szefa kuchni – 20,00 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Dietetyka – 20,00 pkt.

Łączna ilość punktów: 73,22 pkt.

3. Oferta Nr 1

„LIPIŃSKI” Marcin Lipiński, ul. Wrzosowa 1, 12-200 Ruciane Nida

Liczba pkt. w kryterium cena – 31,43 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Szefa kuchni – 20,00 pkt.

Liczba pkt. w kryterium doświadczenie zawodowe Dietetyka – 20,00 pkt.

Łączna ilość punktów: 71,43 pkt.

Jednocześnie, z informacji z otwarcia ofert wynika, że oferty opiewały na następujące ceny:

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena brutto	Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia
1	„Lipiński” Marcin Lipiński ul. Wrzosowa 1 12-220 Ruciane Nida	923.532,30 zł.	448.806,10 zł. brutto
2	Catermed Sp. z o.o. ul. Traktorowa 126	873.781,24 zł.	

	91-204 Łódź		
3	FIRMA CATERINGOWA Ireneusz Andrejczyk ul. 11 Listopada 82/6 74-100 Gryfino	483.781,68 zł.	

W związku z faktem, że oferta zwycięskiego wykonawcy wydała się Zamawiającemu rażąco niska (jej cena jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen zaoferowanych w postępowaniu), Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień. Na skutek otrzymanych wyjaśnień, Zamawiający postanowił o wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.

Należy wskazać przy tym, że wezwanie przez Zamawiającego zwycięskiego wykonawcy do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie zostało przekazane Odwołującemu w dniu 25 listopada 2021 r., na skutek złożonego przez Odwołującego wniosku o udostępnienie dokumentacji dotyczącej oferty złożonej przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka. W konsekwencji, termin do wniesienia odwołania został zachowany w myśl art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Powyższe zostało dokonane przez Zamawiającego z naruszeniem Pzp, z przyczyn szczegółowo niżej wskazanych.

1) Zarzut naruszenia art. 224 ust. 4 w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp

Zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp, *w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.* Przedmiotowe zamówienie jest bezspornie zamówieniem na usługi – tak też zostało zaklasyfikowane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ. W wezwaniu, które Zamawiający skierował do wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w dniu 16 listopada 2021 r. (którego treść została Odwołującemu przekazana 25 listopada 2021 r.) nie sposób się doszukać żądania wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w komentowanym przepisie. Przepis ten wskazuje zaś na konieczność żądania od wykonawcy informacji:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Należy przy tym wskazać, w celu uniknięcia wątpliwości, że samo wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny było konieczne co do zasady, gdyż oferta wykonawcy Ireneusza Andrejczyka zawierała cenę o ponad 30% niższą od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu (konkretnie o 63,62%, gdyż średnia ta wyniosła 760.365,07 zł), na co zresztą wskazał sam Zamawiający w wezwaniu do złożenia tych wyjaśnień. Zaszła zatem przesłanka, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp.

W konsekwencji, obligatoryjne było wezwanie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka co najmniej w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 4 Pzp. Jakkolwiek bowiem na ogół do zamawiającego należy skonstruowanie treści takiego wezwania, zaś katalog wskazany w art. 224 ust. 3 Pzp ma charakter fakultatywny i pomocniczy, to w przypadku robót budowlanych i usług ustawodawca jasno stwierdził, że kwestie, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Pzp, muszą być obligatoryjnie uwzględnione w wezwaniu skonstruowanym przez zamawiającego i w konsekwencji muszą zostać wyjaśnione przez wykonawcę w odpowiedzi na nie.

W myśl art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uchybienie Zamawiającego mogło mieć bardzo istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż nie sposób stwierdzić, czy w przypadku poprawnego wystosowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny wykonawca Ireneusz Andrejczyk złożyłby stosowne wyjaśnienia i czy okazałyby się one skuteczne w kontekście przesłanek odrzucenia oferty.

Jak trafnie wskazano w doktrynie, w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Oznacza to również, że wyjaśnienia wykonawcy składane w odpowiedzi na takie wezwanie, aby były skuteczne, muszą zawierać argumentację przynajmniej w zakresie wyliczenia kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Jednocześnie z przepisu wynika, że żądanie wyjaśnień co do zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego stanowi minimalny zakres tematyczny w takim wezwaniu. (Nowak Hubert [red.], Winiarz Mateusz [red.], *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, 2021, s. 708). W konsekwencji, przedmiotowy zarzut jest uzasadniony.

2) Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1, art. 16 pkt 1-3, art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Należy wskazać, że wezwanie z dnia 16 listopada 2021 r. skierowane przez Zamawiającego do wykonawcy Ireneusza Andrejczyka było ogólne, lakoniczne, bez zadania konkretnych pytań co do kosztów cenotwórczych w ofercie.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Z powyższego przepisu wynika, że sama treść wezwania, oprócz wymagania określonego w art. 224 ust. 4 Pzp, musi być na tyle szczegółowa, aby wykonawca, od których się ich żąda, udzielił wyczerpujących wyjaśnień. Żądanie wyjaśnień powinno odnosić się do przedmiotu zamówienia, wskazywać, które elementy ceno- i kosztotwórcze w ofercie budzą szczególną wątpliwość, tak, aby nie tylko umożliwić wykonawcy odniesienie się do żądania w sposób kompleksowy, ale także aby wręcz zapewnić uzyskanie wyczerpującej, nie zaś lakonicznej odpowiedzi od wykonawcy.

Powyższe jest podyktowane podstawowymi zasadami postępowania, o których mowa w art. 16 Pzp. Tylko bowiem zapewnienie uzyskania od wykonawcy szczegółowych wyjaśnień jego ceny w ofercie zapewnia przejrzystość wyboru oferty, uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, którzy mają prawo kontroli wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w drodze środków ochrony prawnej, zaś zadanie konkretnych pytań ponadto jest podyktowane zasadą proporcjonalności, która służy również temu, aby nie przedłużać postępowania przez konieczność wielokrotnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień z powodu ich lakoniczności.

Właśnie w przedmiotowym postępowaniu najlepiej widać, że lakoniczne zapytanie zamawiającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny zwykle kończy się udzieleniem przez wykonawcę tak bardzo ogólnikowych wyjaśnień, że nie sposób z ich treści stwierdzić przesłanek rażąco niskiej ceny bądź ich braku. Wtedy pojawia się, tak jak w tej sprawie, problem z ich oceną i konieczność ich ponowienia. W doktrynie stwierdzono już ponad wszelką wątpliwość, iż *Okoliczność, że ciężar wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, nie zwalnia zatem zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie zamawiający będzie dokonywał oceny oferty wykonawcy. Nie można uznać za prawidłowe działania zamawiającego, który formułuje lakoniczne wezwanie, a potem podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie swoich oczekiwań, które nie zostały wyartykułowane w treści wezwań wystosowanych do wykonawcy.* (Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2021, [w]: komentarz do art. 224, uwaga nr 11).

W konsekwencji, Odwołujący kwestionuje poprawność wezwania z dnia 16 listopada 2021 r. także dlatego, że nie tylko brakuje w nim elementów określonych w art. 224 ust. 4 Pzp, ale też niezależnie od tego faktu jest ono nazbyt lakoniczne i nie zapewnia ono uzyskania wyczerpujących wyjaśnień, umożliwiających badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

3) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 i w zw. z art. 266 oraz art. 359 pkt 2 Pzp

Jak już wyżej wskazano, Zamawiający wezwał wykonawcę Ireneusza Andrejczyka pismem z 16 listopada 2021 r. do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Pismem z dnia 22 listopada 2021 r. wykonawca ten przekazał Zamawiającemu swoją odpowiedź. W rezultacie jej otrzymania Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazać należy, że odpowiedź wykonawcy Ireneusza Andrejczyka na wezwanie Zamawiającego jest nader lakoniczna. Jej treść sprowadza się w istocie do trzech twierdzeń:

- 1) cena w ofercie uwzględnia wszystkie wymagania przedmiotu zamówienia (bez podania szczegółów),
- 2) wykonawca ten obecnie wykonuje usługę żywienia na rzecz tego samego Zamawiającego po cenie jeszcze niższej niż wskazana w badanej ofercie,
- 3) to pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli oferty przekraczające średnie ceny całodziennego wyżywienia pacjentów w szpitalach.

Do wyjaśnień wykonawca załączył jako dowód fakturę za miesiąc październik 2021 r. wystawioną na Zamawiającego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 224 ust. 6 Pzp, *Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.* Lakoniczność wyjaśnień wykonawcy i wątpliwość przedstawionych przez niego dowodów powodują, że trudno je uznać za skuteczne uzasadnienie zaoferowanej ceny. Jak trafnie wskazano w orzecznictwie, *Jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie tj. składanie wyjaśnień ogólnych, nie popartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie.* (wyrok KIO z 28 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1197/21). Wyjaśnienia wykonawcy powinny mieć zatem charakter konkretny, nie zaś ogólny.

Powołanie się na dowód w postaci aktualnie obowiązującej stawki za wykonanie usługi żywienia na rzecz tego samego Zamawiającego należy z kolei uznać za niewystarczające. Z zawartej umowy i aneksów do niej, które Odwołujący przedstawia w załączeniu niniejszego odwołania, wynika jasno, że umowa ta została zawarta w trybie z wolnej ręki. Niewątpliwie cena w tej umowie podlegała negocjacji z wykonawcą i próżno szukać jakichkolwiek potwierdzeń, że w ogóle była badana pod kątem rażąco niskiej ceny. Jest to cena ustalona indywidualnie z wykonawcą przez Zamawiającego, a zatem nie nadaje się ona do wykazania, że po pierwsze stanowi cenę rynkową, a po drugie – że pokrywa wszelkie niezbędne koszty jej wykonania. Zgodnie z trafnym zapatrywaniem wyrażonym w orzecznictwie, *To obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień, jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie tego, że cena jego oferty została ustalona w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Kluczowe jest, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty.* (wyrok KIO z 4.02.2020 r., KIO 110/20, LEX nr 2923329). W konsekwencji, zdawkowość wyjaśnień i przedstawionych dowodów wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty nie usuwa. Złożenie podobnej oferty przez ten sam podmiot jest jedynie dowodem określonego działania przez ten podmiot, a nie poprawności podjętego przezeń działania.

W konsekwencji, istniały podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, zaś złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają możliwości wykonania zamówienia z zyskiem.

To na wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia, że w jego ofercie cena została skalkulowana w sposób rzetelny i z uwzględnieniem zysku. Fakt wykonywania usługi na rzecz Zamawiającego obecnie za 15 zł netto tego nie potwierdza. To jedynie dowód tego, że ten wykonawca oferuje taką cenę, a nie dowód tego, że pokrywa ona wszelkie koszty.

O rażąco niskiej cenie w ofercie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka świadczą także następujące fakty.

Nawet, gdyby jako punkt odniesienia wziąć aktualną stawkę oferowaną Zamawiającemu przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka, to wzrost ceny w aktualnej ofercie o 1,10 zł netto, co nie oddaje wpływu wskaźników makroekonomicznych.

Przede wszystkim, należy wziąć pod uwagę inflację. Ta (rok do roku) w ostatnich miesiącach prezentuje się następująco:

Data	Wartość (w %)
X 2021	6,8
IX 2021	5,9
VIII 2021	5,5
VII 2021	5
VI 2021	4,4
V 2021	4,7
IV 2021	4,3
III 2021	3,2
II 2021	2,4
I 2021	2,6

(źródło: <https://www.bankier.pl/gospodarka/wskazniki-makroekonomiczne/inflacja-rdr-pol> , na podstawie danych GUS)

Wzrost ceny o 1,10 zł netto to wzrost ceny w stosunku z dotychczasową umową o 7,33%. Była ona złożona w marcu; tymczasem już w październiku 2021 r. inflacja wyniosła rok do roku 6,8%. Oznacza to, że już oferta złożona w marcu jest de facto tańsza ze względu na znaczny spadek nabywczego pieniądza. Wzrost ceny o 1,10 zł netto może co najwyżej uwzględniać aktualną stopę inflacji – nie uwzględnia zaś jej prognozowanej wartości, która wedle wszelkich przewidywań najprawdopodobniej wystąpi w okresie realizowania umowy na 12 miesięcy, która zostanie zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Według prognoz NBP, inflacja CPI (związana z towarami konsumpcyjnymi, takimi jak potrzebne dla tego zamówienia) w 2022 roku będzie wynosić 5,1% (https://www.nbp.pl/polityka_pieniezna/dokumenty/raport_o_inflacji/necmod_listopad_2021.pdf). W dodatku, średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w 2020 r. w stosunku do 2019 r. wyniósł 103,4 (wzrost cen o 3,4%). Teza wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, że w niniejszym postępowaniu i tak złożył ofertę o cenie wyższej niż poprzednio, nie znosi zatem krytyki. W istocie nie jest to cena wyższa, ale ze względu na w/w wskaźniki makroekonomiczne – paradoksalnie jest ona jeszcze niższa. Przedmiotu zamówienia Zamawiający udzieli jedynie na 12 miesięcy, więc nie będzie wykonawca mieć roszczenia o podwyższenie wynagrodzenia o wskaźnik GUS w oparciu o art. 439 Pzp. Cena powinna zatem uwzględniać te kwestie.

Co więcej, zgodnie z § 6 umowy zawartej przez Zamawiającego z wykonawcą Ireneuszem Andrejczykiem, wykonawca zobowiązany jest do ponoszenia kosztów zakupu produktów żywnościowych na osobodzień w wysokości 8 zł brutto, podczas gdy zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ bieżącego postępowania – opisem przedmiotu zamówienia, wynosi on już 8,50 zł brutto. Zmieniła się zatem wysokość kosztów, jakie musi ponieść wykonawca.

Należy zwrócić także uwagę na fakt, że sam Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bezpośrednio poprzedzającym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na tożsamy przedmiot zamówienia, uznał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka jest rażąco niska. Miało to miejsce w następujących okolicznościach faktycznych:

- 1) 20 lipca 2021 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu na świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie. Zamówienie miało zostać udzielone na 24 miesiące.
- 2) 3 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał informację z otwarcia ofert, z której wynika, że oferty złożyli: Odwołujący (cena 1.755.529,20 zł), wykonawca Marcin Lipiński (cena 1.892.688,12 zł) i wykonawca Ireneusz Andrejczyk (cena 974.559,60 zł.).
- 3) W powyższym postępowaniu ofertę złożył także wykonawca Ireneusz Andrejczyk. Do oferty załączył formularz cenowy, który za dokładnie te same pozycje posiłków oferuje identyczne ceny jednostkowe netto i brutto, jak w aktualnie toczącym się postępowaniu.
- 4) 14 września 2021 r. Catermed sp. z o.o. - Odwołujący – wniósł odwołanie na wybór oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka jako oferty najkorzystniejszej, wskazując m. in., że zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest niższa od średniej arytmetycznej cen w ofertach złożonych w postępowaniu o ponad 30%.
- 5) Pismem z dnia 17 września 2021 r. Zamawiający informuje o unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka.
- 6) Pismem z dnia 21 września 2021 r. Zamawiający informuje o unieważnieniu postępowania. Wskazuje, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 847.332,90 zł/brutto, natomiast wartość oferty z najniższą ceną wynosi 1.755.529,20 zł/brutto. W uzasadnieniu prawnym wskazał: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że Zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.* Oferta na kwotę 1.755.529,20 zł brutto była ofertą złożoną przez Odwołującego, co oznacza, że to tę ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, a ofertę wykonawcy Ireneusza Andrejczyka pominął. Skoro zaś cena wykonawcy Ireneusza Andrejczyka była niższa, de facto Zamawiający musiał uznać, że jest ona rażąco niska.
- 7) Pismem z dnia 4 października 2021 r., skierowanym do Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego właśnie z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka.

Ponadto, oferta wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w zakresie ceny jest oparta o nieracjonalne założenia ekonomiczne, co dodatkowo powoduje, że zaoferowana cena jest niewiarygodna. Jak już wyżej wykazano, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które zostało wszczęte 20 lipca 2021 r., wykonawca ten zaoferował identyczne ceny jednostkowe takich samych posiłków, jak w niniejszym postępowaniu, mimo że tamto zamówienie Zamawiający zamierzał udzielić na okres 24 miesiące, a niniejsze – na 12 miesięcy. Ze względu na skalę przedmiotu zamówienia zatem ceny jednostkowe w ofercie Ireneusza Andrejczyka powinny być zdecydowanie

wyższe. Istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Skoro zaś wykonawca Ireneusz Andrejczyk niezależnie od skali przedmiotu zamówienia oferuje te same ceny jednostkowe, to widać z tego, że nie konstruuje on swoich ofert w oparciu o założenia takie jak zysk, strata czy koszty. W konsekwencji, uwiarygadnia to fakt, że jego cena jest rażąco niska, gdyż nie zabezpiecza poniesienia niezbędnych kosztów wykonania zamówienia.

4) Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2, art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Zarzut niniejszy ma charakter wynikowy. Pierwotnym naruszeniem Pzp jest wybór oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka, która, jak wykazano – podlegała odrzuceniu, ewentualnie co najmniej ponownemu wezwaniu do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w ofercie. Wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej jest zatem wtórnym naruszeniem Pzp, stąd podniesienie tego zarzutu jest uzasadnione. Czynność wyboru oferty jest bowiem wadliwa. Zamówienie powinno bowiem zostać udzielone jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp (art. 17 ust. 2 Pzp).

Wobec powyższego wnoszę jak w petitum niniejszego odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
3. potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu,
4. pismo Odwołującego z dnia 23 listopada 2021 r. do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu i całą korespondencją Zamawiającego z wykonawcami,
5. pismo przewodnie Zamawiającego do Odwołującego z dnia 25 listopada 2021 r. o udostępnieniu złożonych ofert i korespondencji
6. wezwanie wykonawcy Ireneusza Andrejczyka z dnia 16 listopada 2021 r. do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w ofercie,
7. wyjaśnienia wykonawcy Ireneusza Andrejczyka z dnia 22 listopada 2021 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny w ofercie, wraz z załączoną do nich fakturą,
8. umowa z dnia 15 marca 2021 r. nr BZP/5/2021 między Zamawiającym a wykonawcą Ireneuszem Andrejczykiem,
9. aneks nr 1 do w/w umowy,
10. aneks nr 2 do w/w umowy,
11. aneks nr 3 do w/w umowy
12. ogłoszenie o zamówieniu na świadczenie usług gastronomicznych dla Szpitala Ogólnego w Kolnie z dnia 20 lipca 2021 r.; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
13. informacja z otwarcia ofert z dnia 3 sierpnia 2021 r.; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
14. oferta złożona przez wykonawcę Ireneusza Andrejczyka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021, wraz z formularzem cenowym i ofertowym,
15. odwołanie z dnia 14 września 2021 r. na wybór oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka jako oferty najkorzystniejszej,
16. pismo Zamawiającego z dnia 17 września 2021 r. - informacja o unieważnieniu wyboru oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
17. pismo Zamawiającego z dnia 21 września 2021 r. - informacja o unieważnieniu postępowania; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
18. pismo Zamawiającego z dnia 4 października 2021 r., skierowane do Krajowej Izby Odwoławczej, z wnioskiem o umorzenie postępowania odwoławczego; dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,
19. formularz cenowy załączony do oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021,

20. formularz cenowy załączony do oferty wykonawcy Ireneusza Andrejczyka w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
21. SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr Sz.O./ZP/08/2021.