

**Sygn. akt: KIO 2821/15**

**WYROK**

**z dnia 13 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **KSM Polska Sp. z o.o., ul. Mokotowska 14, 00-561 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uzdrowisko Rymanów S.A., ul. Zdrojowa 48, 38-481 Rymanów-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Impel Catering „Company” Spółka z o.o. Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **KSM Polska Sp. z o.o., ul. Mokotowska 14, 00-561 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Krośnie.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Uzdrowisko Rymanów S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę polegającą na całodziennym żywieniu pacjentów Uzdrowiska Rymanów S.A. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 212-386043.

W dniu 28 grudnia 2015 r. wykonawca KSM Polska Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych określonych w następujących przepisach ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady generalnej, nakazującej prowadzenie postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie ofert, w których wykonawcy nie złożyli informacji o tym, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających cenę rażąco niską;
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp zauważył, iż ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych dokonano nowelizacji ustawy Pzp z terminem obowiązywania od dnia 1 lipca 2015 r. Nowelizacja była konsekwencją zmian, które zostały wprowadzone w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tj. m.in. zmian w zakresie mechanizmu odwrotnego obciążenia podatkiem, które również weszły w życie dnia 1 lipca 2015 r. Na mocy przedmiotowej

regulacji ustawodawca dokonał zmiany brzmienia przepisu art. 91 ust. 3a oraz art. 93 ustawy Pzp.

Jak wskazał odwołujący, literalna wykładnia art. 91 ust. 3a ustawy Pzp prowadzi do stwierdzenia, iż obowiązku informacyjnego nie ograniczono wyłącznie do wykonawców, którzy składają ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Wskazuje na to sformułowanie „czy” - zatem oświadczenie może mieć charakter zarówno pozytywny, jak i negatywny. Tym samym, zgodnie z nowym przepisem, wymagane jest, zdaniem odwołującego, złożenie oświadczenia niezależnie od jego treści. Odwołujący zaznaczył, że taką interpretację potwierdza również uzasadnienie projektu ustawy, gdzie również mowa jest o wykonawcy, bez ograniczenia tego pojęcia: „Dodano do przewidzianej w art. 2 pkt 1 projektu treści art. 91 ust 3a zdanie drugie, z którego wynika obowiązek informacyjny ciążyący na wykonawcy w stosunku do zamawiającego odnośnie do tego, czy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług w związku z wyborem danej oferty (informację tę wykonawca przekazywałby zamawiającemu wraz z ofertą)”.

W ocenie odwołującego, interpretacja wskazująca, że oświadczenie należy złożyć jedynie, gdyby jego treść miała być pozytywna nie znajduje uzasadnienia. Redakcja przepisu wskazuje bowiem na wyraźny podział:

- zdanie pierwsze: „Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami” - odnosi się do obowiązków zamawiającego, podczas gdy
- zdanie drugie: „Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku” - dotyczy wyłącznie wykonawcy i ciążyącego na nim obowiązku.

Odwołujący stwierdził, że taka interpretacja wpisuje się w generalną zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Reasumując argumentację dotyczącą przedmiotowego zarzutu odwołujący wskazał, że w przypadku niedochowania ustawowego obowiązku poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, oferta jest sprzeczna z imperatywnym przepisem powszechnie obowiązującego prawa i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący

stwierdził, że wobec braku przedmiotowego oświadczenia w treści ofert złożonych przez Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. oferty te winny podlegać odrzuceniu.

Z ostrożności procesowej w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że konstrukcja art. 90 ust 1 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje na obowiązek wezwania do wyjaśnień w każdym przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaoferowanej ceny. Zamawiający w każdym przypadku powzięcia wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny ma obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą, przy czym ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia. Nie oznacza to jednak, jak podkreślił odwołujący, iż wyłącznie w przypadku stwierdzenia osiągnięcia 30 - procentowej różnicy zamawiający wzywa do wyjaśnień. Należy bowiem brać pod uwagę zarówno specyfikę przedmiotu zamówienia, jak i warunki rynkowe; w niektórych przypadkach nawet 5% czy 10% różnicy będzie budziło uzasadnione wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Stanowisko takie potwierdza, jak zauważył odwołujący, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2766/14. Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z najnowszym orzecznictwem, procedurę wyjaśnień dotyczących cen należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Takie stanowisko jest w pełni zgodne z orzecznictwem Trybunału Europejskiego: „Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”).

Odwołujący stwierdził, że pomimo faktu, iż ceny ofert złożonych przez Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. nie osiągnęły pułapu niższego niż 30% mediany wszystkich ofert lub wartości zamówienia, ceny obu ofert powinny budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości realizacji umowy za zaoferowaną cenę. Zdaniem odwołującego, szczegółowa analiza przedstawionych przez Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. ofert wskazuje, iż oba podmioty poniosą stratę na działalności będącej przedmiotem zamówienia, co w myśl obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne, i - w świetle orzecznictwa – świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. W ocenie odwołującego, kalkulacja kosztów w przypadku Catermed S.A. wykazuje na stratę na poziomie 100 004,80 zł miesięcznie, zaś w przypadku Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. wykazuje na stratę na poziomie 21 258,19 zł miesięcznie.

Powyższe odwołujący wywiódł, jak wskazał, z następujących czynników

cenotwórczych:

- a. Koszty osobowe (przyjęte dla wszystkich wykonawców na tym samym poziomie): 140 186,34 zł miesięcznie; na podstawie umów o pracę (tabela nr 10);
- b. Wsad do kotła (zgodnie z treścią ofert):
  - Catermed S.A.: 231 790,12 zł miesięcznie;
  - Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k.: 220 601,85 zł miesięcznie (tabela nr 5);
- c. Koszty eksploatacyjne (podane przez zamawiającego): 42 570,00 zł miesięcznie (tabela nr 6);
- d. Pozostałe koszty realizacji usługi (przyjęte dla wszystkich wykonawców na tym samym poziomie): 11 700,00 zł miesięcznie (tabela nr 8).

Łącznie, podsumowanie kosztów świadczenia usługi (miesięcznie - tabela nr 11):

- Catermed S.A.: 426 246,46 zł miesięcznie, przy zaoferowanej cenie usługi 326 241,67 zł; strata: -100 004,79 zł,

- Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k.: 415 058,19 zł miesięcznie, przy zaoferowanej cenie usługi 393 800,00 zł; strata: -21 258,19 zł.

Odwołujący zaznaczył, że powyższa analiza obejmuje zoptymalizowane koszty, na które ma wpływ wykonawca: przyjęto koszty historyczne wynikające z SIWZ oraz koszty bieżącej obsługi kontraktu oparte na 4-letnim doświadczeniu odwołującego. Odwołujący podkreślił, że argumentacja opierająca się na doświadczeniach i faktycznych kosztach świadczenia usługi, ponoszonych przez wykonawcę dotychczas świadczącego daną usługę, jest w orzecznictwie przyjmowana jako istotny punkt odniesienia (wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1144/15, KIO 1163/151).

Jak zauważył odwołujący, przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia „rażąco niska cena”. Przyjmuje się jednak, że jest to cena, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Jako przykład takiej sytuacji Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) wskazał oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za kwotę symboliczną. Cena rażąco niska to taka, która nie pokrywa kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Definicję powyższą potwierdza, jak stwierdził odwołujący, orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów (wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX GA 175/10, wyrok SO w Radomiu z dnia 14 lutego 2006 r., sygn. akt IV Ca 28/06, wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/73/08). Odwołujący podkreślił, że w obu kwestionowanych

ofertach zaproponowano cenę usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Tym samym, zdaniem odwołującego, bezsprzecznie zachodzą przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. Uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Odrzucenie ofert Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na brak w ofertach informacji, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego;
3. Odrzucenie ofert Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na złożenie ofert z rażąco niską ceną;
4. Z ostrożności procesowej: dokonanie czynności bezprawnie zaniechanej i wezwanie wykonawców Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
5. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
6. Powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiła Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k.

W dniu 4 stycznia 2016 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 14 667 489 zł netto, co stanowi równowartość 3 471 677,20 euro, w tym wartość zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 695 267 zł, co stanowi równowartość 164 564,13 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- ISS Facility Services Sp. z o.o. – 18 201 834 zł,
- KSM Polska Sp. z o.o. – 16 836 174 zł,
- Catermed S.A. – 12 684 276 zł,

- Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. – 15 310 944 zł.

Pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Catermed S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych przez Catermed S.A. i Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Catermed S.A. i Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na brak informacji o tym czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić

do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Zdaniem odwołującego, literalna wykładnia ww. przepisu wskazuje, że obowiązek informacyjny dotyczy wszystkich wykonawców, na co wskazywać by miało sformułowanie „czy”, z którego odwołujący wywiódł, iż oświadczenie może mieć charakter zarówno pozytywny, jak i negatywny. Odwołujący stwierdził, iż zdanie pierwsze ww. przepisu odnosi się do obowiązków zamawiającego, zaś zdanie drugie dotyczy wyłącznie wykonawcy i ciężącego na nim obowiązku.

Izba stwierdziła, że mając na uwadze racjonalność ustawodawcy, art. 91 ust. 3a ustawy Pzp należy czytać jako całość, a jego wykładnia prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji o tym, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Już zdanie pierwsze, będące zdaniem warunkowym, rozpoczynającym się od określenia „jeżeli”, wyklucza wszelki automatyzm. Zasadnie wskazał zamawiający, iż art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy Pzp wyraźnie nawiązuje do zdania 1 choćby w ten sposób, że odczytywany samodzielnie nie precyzuje, o jaki obowiązek podatkowy, w jakim podatku chodzi. Dopiero łączna analiza obu zdań prowadzi do wniosku, że chodzi o obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług. Powyższe potwierdza, że ustalenie normy prawnej wymaga dokonania analizy całości art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, którego hipoteza, jak wynika ze zdania 1, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT u zamawiającego. Co za tym idzie, również takiej sytuacji dotyczy obowiązek informacyjny wykonawcy. Izba zważyła ponadto, że odwołujący nie wykazał, iż wybór oferty Catermed S.A. czy Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego w podatku VAT. Izba miała również na uwadze, że zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia w przedmiotowym zakresie.

Za niezasadne Izba uznała również zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert Catermed S.A. i Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, jak też zaniechania wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości



zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, czy daje ona szansę na prawidłowe wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał w tym zakresie jednoznaczne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności - oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Powyższe nie wyklucza możliwości wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny również w sytuacji, gdy różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a szacunkową wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu jest mniejsza niż 30%, jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia.

W przedmiotowej sprawie ustawa Pzp nie zobowiązywała zamawiającego do wezwania wykonawców Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ceny zaoferowane przez obu tych wykonawców nie były niższe o 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT (15 090 000 zł), jak też nie były niższe o 30% od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert (15 758 307 zł). Decyzja o skierowaniu wezwania do wyjaśnień należała zatem do zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że nie stwierdził podstaw do skierowania takiego wezwania, nie powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanych cen. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że ceny zaoferowane przez Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. są rażąco niskie, jak też nie dowiódł, że powinny one budzić wątpliwości. Izba wzięła pod uwagę załączone do odwołania kalkulacje sporządzone przez odwołującego. Odwołujący nie wykazał jednak, że kalkulacje te oparte są na najniższych możliwych do poniesienia w toku realizacji zamówienia kosztach. Okoliczność, iż odwołujący posiada doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego nie jest wystarczająca dla przyjęcia kalkulacji odwołującego za pełni wiarygodne. Dowodów potwierdzających prawidłowość wyliczeń odwołujący nie przedstawił. Odwołujący nie dowiódł m.in., że do realizacji zamówienia niezbędne będzie zatrudnienie 63 osób. Dowodu na tę okoliczność nie

może stanowić Załącznik nr 3 do SIWZ opracowany przez zamawiającego w poprzednio prowadzonym postępowaniu, jako że dotyczy on sytuacji sprzed kilku lat, a nadto nie został przez odwołującego podpisany. Co więcej, z oświadczeń odwołującego złożonych w oparciu o treść ww. załącznika wynika, że w początkowym okresie realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego zatrudniał 74 osoby, którą to liczbę udało mu się zredukować do 63. Odwołujący nie dowiódł jednak, że rzeczywiście zatrudniał 63 osoby, jak też że liczba 63 osób jest liczbą optymalną. Zamawiający ustaleń w tej kwestii w treści SIWZ nie poczynił. Izba zważyła ponadto, że kalkulacje odwołującego oparte są częściowo o dane pozyskane z odwołania wniesionego przez Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 22 grudnia 2015 r., które nie zostało skierowane do rozpoznania. Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że informacje podane przez Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. w ww. odwołaniu stanowią deklarację co do sposobu wyceny poszczególnych elementów zamówienia przez tego wykonawcę. Twierdzenia przedstawione przez Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. w treści ww. odwołania można uznać jedynie za argumentację przyjętą na potrzeby konkretnej sprawy. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zasadności swoich twierdzeń. Izba wzięła pod uwagę, że na obecnym etapie postępowania ciężar wykazania, iż zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do wysokości zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców cen spoczywa na odwołującym. Dopiero po złożeniu wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, kiedy to wykonawca składający wyjaśnienia zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym przechodzi na wykonawcę, którego oferty dotyczą zarzuty, o czym stanowi art. 190 ust. 1a ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo ocenił oferty złożone przez Catermed S.A. oraz Impel Catering „Company” Sp. z o.o. Sp. k. i nie dopuścił się naruszeń ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu, w tym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....