Sygn. akt: KIO 4476/24
Sygn. akt: KIO 4478/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Mona-Kontra sp. z o.o., ul. Hubala 6, 16-400 Suwałki**,
w postępowaniach prowadzonych przez: **24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku, ul. Nowomiejska 20, 11-500 Giżycko**,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj.: **Anny Siekierko prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą H.i., ul. Szpitalna 24, 18-200 Wysokie Mazowieckie** (w postępowaniu o sygn. akt KIO 4476/24 i KIO 4478/24),

orzeka:

KIO 4476/24

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Anny Siekierko prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą H.i. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie grubości oferowanego steka wołowego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kwotę 690 zł 00 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem dojazdu pełnomocnika odwołującego na rozprawę,
2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 307 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

KIO 4478/24

1. **oddala odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 4476/24
Sygn. akt: KIO 4478/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku, ul. Nowomiejska 20, 11-500 Giżycko, prowadzi dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Sukcesywna dostawa produktów głęboko mrożonych dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w 2025 r.”, numer referencyjny: 51/2024 oraz „Sukcesywna dostawa ryb dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku w 2025 r.”, numer referencyjny: 52/2024. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio: w dniu 24.09.2024 r., nr 186/2024 573345-2024 oraz w dniu 27.09.2024 r., nr 189/2024 583692-2024.

W dniu 29.11.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły dwa odwołania wykonawcy Mona-Kontra sp. z o.o., ul. Hubala 6, 16-400 Suwałki (dalej: „Odwołujący”).

W odwołaniu o sygn. akt KIO 4476/24 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie niezgodnie z treścią załącznika nr 4 (Minimalne wymagania jakościowe – stek wołowy mrożony) do

Specyfikacji Warunków Zamówienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez H.A., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(…) W minimalnych wymaganiach jakościowych dotyczących steku wołowego mrożonego (zał. Nr 4) Zamawiający w określeniach produktu wskazał, iż wyrób ma zostać otrzymany z części zasadniczej wołowiny (rostbefu), bez kości, natomiast w pkt 2.2 (tablica 1 Lp.1) określił wymagania zgodnie z którymi wyrób w postaci plastrów mięsa powinien posiadać równą grubość ok. 3 cm. Mona–Kontra sp. z o.o., po zapoznaniu się z wyjaśnieniem Wykonawcy- Hurt-Detal Art. Spoż.-Rolne A.S. z dnia 15 listopada 2024r. zwróciła się do Zakładów Mięsnych Łuków S.A. o przesłanie specyfikacji dotyczącej steka wołowego TOP SIRLOIN VAC z indeksem 22243345, który ma być dostarczany Zamawiającemu przez wybranego wykonawcę Hurt-Detal Art. Spoż.-Rolne A.S.. Z otrzymanej specyfikacji (zał. Nr 9) wynika, że grubość oferowanego przez w/w producenta steku wynosi ok. 2 cm, a więc jest mniejsza o 1/3 od określonego przez Zamawiającego wymogu. Rozmiar steku, a w szczególności jego grubość ma bardzo wielkie znaczenie, jest bardzo ważnym parametrem jakościowym. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia."

W sprawie o sygn. akt KIO 4476/24 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez H.A.,
2)odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
3)powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 4478/24 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnie z treścią załącznika nr 4 (Minimalne wymagania jakościowe, mintaj filet mrożony) do Specyfikacji Warunków Zamówienia, czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez H.A., w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu tego, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „Opisany w fakturze załączonej do pisma z dnia 12 listopada 2024r. wykonawcy Hurt-Detal Art. Spoż.-Rolne A.S. sposób pakowania towaru: mintaj filet B/S SHP 3x6 kg. wskazuje na to, że jest to produkcja lądowa, towar podwójnie mrożony, pochodzenia chińskiego, zawierający dodatki chemiczne w postaci soli wielofosforanowych „polifosforanów" oznaczanych jako E 451,E451,STPP na opakowaniach), których funkcja w produkcie sprowadza się do dodatkowego wiązania wody w produkcie, tym samym zwiększając sztucznie jego masę zwykle o 30-45%. Produkt wybranego wykonawcę posiada typowe cechy produktu chińskiego z wodą dodaną. Rzeczywista zawartość ryby w rybie wynosi ok. 45-55 %, podczas gdy zaoferowany przez Mona-Kontra sp. z o.o. produkt zawiera 100% ryby. Przelicznik ceny w stosunku do masy ryby wygląda wówczas inaczej. Wiele laboratoriów w Polsce jest w stanie potwierdzić ten fakt w trakcie prostego testu na zawartość wody dodanej. Powyższe potwierdza opinia z dnia 26 listopada 2024r. specjalisty ds. importu D.J.. (zał nr 9) (…)
Istotną kwestią również jest Handlowy Dokument Identyfikacyjny, który odnośnie ryb wydawany jest wraz fakturą SP/231/24/10/006419 z dnia 30.10.2024r. Dokumentu takiego wybrany wykonawca nie przedstawił.
Reasumując, oferta Hurt–Detal Art. Spoż.-Rolne A.S., jako niezgodna z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych."

W sprawie o sygn. akt KIO 4478/24 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez H.A.,
2)odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
3)powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismami z dnia 01.12.2024 r. A.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą H.i., ul. Szpitalna 24, 18-200 Wysokie Mazowieckie (dalej: „Przystępujący") zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w obu postępowaniach odwoławczych o sygn. akt KIO 4476/24 i KIO 4478/24 i przedstawiła swoją argumentację. Izba stwierdziła, że oba przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 09.12.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania i wniósł o ich oddalenie. Pismami z dnia 12 i 13.12.2024 r. Odwołujący przedstawił dalszą argumentację w obu sprawach.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W sprawie o sygn. akt KIO 4476/24

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa produktów głęboko mrożonych, w tym steka wołowego. W OPZ dotyczącym steka wołowego w tabeli „Wymagania organoleptyczne", w wierszu dotyczącym wyglądu ogólnego wskazano m.in. „*Wyrób w postaci plastrów mięsa o równej grubości (ok.3 cm)*".

Pismem z dnia 29.10.2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym m.in. steka wołowego, gdyż jego cena (65 zł netto/kg) wydaje się rażąco niska i „*istnieje ryzyko, że produkty oferowane w tak niskiej cenie mogą nie spełniać określonych*

standardów jakościowych i ilościowych". Odwołujący domagał się szczegółowego wyjaśnienia, „*w jaki sposób oferent zamierza dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami specyfikacji, w tym:*

1. Skład i pochodzenie oferowanych produktów.

2. Proces produkcji i kontroli jakości.

3. Gwarancje spełnienia specyfikacji warunków zamówienia."

Pismem z dnia 12.11.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień poprzez odniesienie się do ww. pisma Odwołującego.

W odpowiedzi z dnia 15.11.2024 r. Przystępujący wskazał, że wszystkie ceny w jego ofercie mają charakter rynkowy, parametry produktów są nie gorsze niż określone w SWZ, a „*producenci są pod stałym nadzorem inspekcji weterynaryjnej oraz spełniają wszystkie wymogi i normy przewidziane przepisami prawa do prowadzenia tego typu działalności. Zaproponowane produkty, produkują znani i wiodący producenci żywności, których produkty maja uznanie na rynku (dane producentów w załącznikach)*". Przystępujący załączył do pisma m.in. ofertę Zakładów Mięsnych ŁUKÓW S.A. m.in. na STEK WOŁOWY TOP SIRLOIN VAC/ z rostbefu b/k, indeks 22243345 z ceną 54,90 zł netto/kg.

Pismem z dnia 19.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

W sprawie o sygn. akt KIO 4478/24

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa ryb, w tym mintaja mrożonego.

Pismem z dnia 04.11.2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym m.in. mrożonego filetu z mintaja, gdyż jego cena (15 zł netto/kg) wydaje się rażąco niska i „*istnieje ryzyko, że produkty oferowane w tak niskiej cenie mogą nie spełniać określonych standardów jakościowych i ilościowych*". Odwołujący domagał się szczegółowego wyjaśnienia, „*w jaki sposób oferent zamierza dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami specyfikacji, w tym:*

1. Skład i pochodzenie oferowanych produktów.

2. Proces produkcji i kontroli jakości.

3. Gwarancje spełnienia specyfikacji warunków zamówienia."

Pismem z dnia z dnia 07.11.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. ceny mrożonego filetu z mintaja, która jest niższa od szacowanej przez Zamawiającego i od cen innych wykonawców. W związku z tym Zamawiający wezwał do potwierdzenia „*poprawności wyceny ww. asortymentu oraz wykazanie sposobu, który umożliwia zaoferowanie produktu zgodnego z Opisem przedmiotu zamówienia przy wskazanej cenie*".

W odpowiedzi z dnia 12.11.2024 r. Przystępujący wskazał, że: „*cena zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, warunkami umowy oraz wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SWZ). Moja firma funkcjonuje na rynku już kilkanaście lat.W związku z tym nabyte liczne kontakty w tej branży umożliwiają mi zakup produktów w atrakcyjnych cenach. Większość produktów zakupuję w bardzo dużych ilościach (tzw. pełne składy samochodowe), co pozwala mi uzyskiwać atrakcyjne ceny. Ponadto za znaczną część towaru płacę gotówką co jest podstawą uzyskiwania przez moją firmę dodatkowych rabatów. W chwili obecnej posiadam nowe magazyny wysokiego składowania. Oprócz tzw. suchych magazynów mam wybudowane nowe mroźnie i chłodnie które umożliwiają składowanie znacznych ilości towaru. Posiadam własną flotę transportową. W związku z czym nie muszę ponosić kosztów wynajmu pojazdów. Moje pojazdy dostosowane są do przewozu produktów suchych jak i mroźniczych. Dzięki czemu mogę prowadzić dostawy w tzw. sposób kombinowany tj. jednym pojazdem dostarczać produkty suche jak i wymagające warunków mrożonych, co w znaczny sposób obniża koszty transportu. Przedmiotowe zamówienie wykonam bez udziału podwykonawców co również ma znaczący wpływ na ostateczną cenę produktów*". Do pisma Przystępujący załączył fakturę od Iglotex Dystrybucja Polska sp. z o.o. m.in. na „MINTAJ FILET B/S SHP 3X6KG [18KG]/6207287".

Pismem z dnia 19.11.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

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

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

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia, w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert, w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy czym niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty:

- w sytuacji braku wyraźnego warunku (wymagania), z którym oferta ta miałaby być niezgodna,

lub

- w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym warunkiem (wymaganiem),

stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz zasady proporcjonalności.

Odwołanie KIO 4476/24

W sprawie dotyczącej zamówienia na produkty mrożone, w tym m.in. stek wołowy, Zamawiający niewątpliwie postawił warunek, aby grubość steka wynosiła ok. 3 cm. W ocenie Izby nie można natomiast jednoznacznie stwierdzić, że oferta Przystępującego jest w tym zakresie niezgodna z ww. warunkiem.

Przystępujący rzeczywiście dołączył do wyjaśnień ofertę handlową m.in. na steka z indeksem 22243345, w oparciu o który można zidentyfikować stek mający zgodnie z kartą produktu grubość ok. 2 cm. Należy jednak zauważyć, że wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień Zamawiający żądał jedynie odniesienia się do skargi Odwołującego. Pomijając to, że skarga ta nie zawierała konkretnych zarzutów wobec oferty Odwołującego, przede wszystkim sam Zamawiający nie sprecyzował w ww. wezwaniu, w jakim konkretnie zakresie Przystępujący ma złożyć wyjaśnienia. Zamawiający nie skonkretyzował nawet, czy mają to być wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny za stek czy parametrów steka. Zgodnie z zasadą „jakie pytanie, taka odpowiedź" Przystępujący udzielił więc wyjaśnień, które w sposób ogólnikowy po trosze odnosiły się do ceny i do jakości produktu i w istocie sprowadzały się do zapewnienia, że ceny są rynkowe, a produkty są wytwarzane zgodnie z prawem przez znanych producentów. Należy jednak zauważyć, że udzielając tych wyjaśnień i dołączając do nich ww. ofertę handlową m.in. na steka z indeksem 22243345, Przystępujący nie wiedział, co konkretnie budzi wątpliwości Zamawiającego i co musi wobec tego wykazać, aby jego oferta została uznana za prawidłową. W efekcie nie można jednoznacznie stwierdzić, że Przystępujący zamierza dostarczać steka wskazanego w ww. ofercie handlowej, zwłaszcza że:

- nie złożył takiego oświadczenia w wyjaśnieniach,
- przy wskazaniu ww. oferty handlowej dodał w nawiasie: „*cena z oferty producenta 54,90 zł netto, natomiast w mojej ofercie 65,00 zł netto*", co może świadczyć o tym, że oferta miała służyć potwierdzeniu realności ceny, a nie spełnieniu parametrów przez produkt,
- w trakcie realizacji zamówienia dopuszczalne są zmiany producenta, od którego pochodzi dany rodzaj produktu.

Jednocześnie odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Zamawiającego, należy zauważyć, że Zamawiający nie żądał żadnych przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków dla poszczególnych produktów żywnościowych. Nie oznacza to jednak, że w sytuacji uzyskania informacji o potencjalnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający może ją zignorować i zwolnić się z obowiązku zbadania tej zgodności. Oczywiście Zamawiający nie może żądać od wykonawcy dokumentów, których nie żądał wcześniej w SWZ, niemniej jednak powinien był udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia poddać analizie i wykryć to, co wykrył dopiero Odwołujący, czyli inną grubość steka niż wymagana w OPZ i w związku z tym powinien zażądać od Przystępującego dalszych wyjaśnień w tym zakresie.

Zaniechanie Zamawiającego nie może być przy tym usprawiedliwione zawartymi w projekcie umowy postanowieniami przewidującymi na etapie realizacji zamówienia kontrolę jakości dostarczonej żywności, kary umowne, a w określonych przypadkach nawet utylizację. Nadzór nad sposobem wykonywania zamówienia przez wybranego wykonawcę, jakkolwiek bardzo słuszny, nie zwalnia bowiem zamawiającego z obowiązku przewidzianego w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, tj. obowiązku udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Skoro już Zamawiający zrezygnował z żądania przedmiotowych środków dowodowych, to przynajmniej powinien był, jak już wskazano wyżej, zanalizować uzyskane od Przystępującego wyjaśnienia i zażądać dalszych wyjaśnień w zakresie, w jakim mogą one potencjalnie wskazywać na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, w tym wypadku: z warunkiem

dotyczącym grubości steka – ok. 3 cm. Zamawiający powinien więc w wezwaniu co najmniej zwrócić uwagę Przystępującego na grubość steka nr 22243345 mniejszą niż wymagana, zażądać wyjaśnienia tej niezgodności oraz wyjaśnienia, w jaki sposób Przystępujący zamierza ewentualnie (o ile zamierza) zachować na etapie realizacji umowy wymagane parametry steka przy zachowaniu podanej jego ceny.

W tym miejscu należy także wyjaśnić, że Izba jest związana zarzutami odwołania (art. 555 ustawy Pzp), natomiast nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu. Izba uznała zarzuty postawione w sprawie KIO 4476/24 za zasadne w tym znaczeniu, że wskazują one na potencjalną niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Jak jednak wskazano wyżej, niezgodność taka musi mieć charakter niewątpliwy, aby zachodził obowiązek odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy taka niewątpliwa niezgodność, z przyczyn wskazanych powyżej, nie zachodzi. Dlatego Izba uwzględniając odwołanie, nie nakazała Zamawiającemu od razu odrzucenia oferty Przystępującego, ale nakazała m.in. wezwanie go do złożenia wyjaśnień w zakresie grubości oferowanego steka wołowego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołanie KIO 4478/24

Odwołujący zarzucił w odwołaniu niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie filetu mrożonego z mintaja z dodatkami chemicznymi, tj. z polifosforanami, które wiążą wodę w rybie powodując sztuczne zawyżenie jej masy, w wyniku czego ryby w rybie jest w istocie 45 - 55%. Izba ustaliła, że ani w OPZ ani w żadnym innym dokumencie zamówienia nie ma warunku odnoszącego się do zastosowania polifosforanów. Skoro nie ma takiego warunku, to nie można odrzucić oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bo nie można stwierdzić niezgodności tej oferty z nieistniejącym warunkiem. Dlatego odwołanie zostało oddalone.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Odwołującego przedstawionej na rozprawie i w piśmie procesowym z dnia 12.12.2024 r. należy zauważyć, że dotyczy ona kolejnych kwestii, niezawartych w odwołaniu, takich jak:

1)dopuszczenie przez Zamawiającego maks. 5% glazury, co oznacza, że pozostałe 95% masy filetu powinna stanowić ryba, podczas gdy z opakowania produktu wynika, że ryba stanowi tylko 70%, a pozostałe 30% to woda i stabilizator utrzymujący wodę w rybie,

2)niedochowanie przez Przystępującego wymogów z § 5 ust. 6 i § 7 ust. 3 projektu umowy w zakresie przedłożenia określonych informacji i dokumentów,

3)karta produktu Triton Poland, z której wynika, że produkt może zawierać ości ryb, co jest niezgodne z warunkami zamówienia,

4)karta produktu, z której wynika, że wartość energetyczna wynosi 44 kcal w 100 gramach, podczas gdy standardowo jest to 93 kcal w 100 gramach.

Przede wszystkim nie można uznać, że zarzut sformułowany w odwołaniu odnosił się do warunku, aby w rybie było maks. 5% glazury. W odwołaniu nie ma ani słowa o glazurze, a cały zarzut w zakresie dotyczącym sztucznego zawyżenia masy i zawartości ryby w rybie na poziomie 45-55% oparty był na obecności w niej polifosforanów, a nie na zakazie stosowania glazury w ilości przekraczającej 5% masy. Odwołujący powołał się na kwestię glazury dopiero w piśmie procesowym z dnia 12.12.2024 r. oraz na rozprawie, co stanowi niedozwolone rozszerzenie zarzutów zawartych w odwołaniu już po jego wniesieniu. Podobnie w odwołaniu nie było mowy o ościach i wartości energetycznej ryby oraz o wymaganiach z § 5 ust. 6 i § 7 ust. 3 projektu umowy. Pomijając to, że informacje i dokumenty wskazane w tych postanowieniach projektu umowy są wymagane dopiero na etapie realizacji zamówienia, więc ich brak nie może świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przede wszystkim raz jeszcze należy zauważyć, że również one nie zostały wskazane w zarzutach odwołania (poza HDI).

W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone już po wniesieniu stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym,

jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też w świetle art. 555 ustawy Pzp, nowe argumenty, będące w istocie nowymi zarzutami, podniesione już po wniesieniu odwołania nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, skoro nie były zawarte w samym odwołaniu.

Powyższe stanowisko Izby potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 09.05.2024 r. sygn. akt XXIII Zs 16/24, w którym stwierdzono: „*Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę. (…) Nie jest natomiast rolą Krajowej Izby Odwoławczej wyręczanie strony w formułowaniu podstawy faktycznej podniesionych zarzutów. Ustawodawca w sposób jasny przesądził, że postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a Izba pozostaje związana zarzutami odwołania określonymi przez podmiot wnioskujący o udzielenie mu ochrony prawnej. Każde wykroczenie przez Izbę poza zakres podstawy faktycznej zarzutu przy wyrokowaniu należy zatem poczytywać jako działanie podjęte przez Izbę z urzędu i stanowiące naruszenie art. 555 ustawy PZP*”.

Wobec powyższego Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących: masy filetu w związku z warunkiem dotyczącym glazury, § 5 ust. 6 i § 7 ust. 3 projektu umowy, zawartości ości i wartości energetycznej produktu, ponieważ nie były one zawarte w odwołaniu, a zostały podniesione dopiero po jego wniesieniu.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), tj.:

- § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), b) i d) – w sprawie KIO 4476/24,
- § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) – w sprawie KIO 4478/24.

Przewodnicząca ...……..