Sygn. akt: KIO 2506/24

WYROK

Warszawa, dnia 6.08.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez Odwołującego: **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WW SERWIS S.W. z/s w Górze Kalwarii** (ul. Ks. Sajny 3, 05530 Góra Kalwaria) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Polskie Porty Lotnicze S.A. z/s w Warszawie** (ul. Żwirki i Wigury 1, 00906 Warszawa),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WW SERWIS S.W. z/s w Górze Kalwarii (**ul. Ks. Sajny 3, 05530 Góra Kalwaria) 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.

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.

……

Sygn. akt: KIO 2506/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WW SERWIS S.W. z/s w Górze Kalwarii (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: Polskie Porty Lotnicze S.A. z/s w Warszawie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Dostawa artykułów spożywczych na potrzeby Salonów EXL oraz VIP" – znak sprawy: 118/PN/ZP/TLLZ/24 – Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 314020-2024.

Wykonawca podał (...) zaskarżam czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ALMAX-DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. (w zakresie części 2) jako niezgodnej z warunkami zamówienia

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP poprzez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALMAX-Dystrybucja (w zakresie części 2) jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy Zamawiający miał obowiązek dokonać czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnoszę o:

1.merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,

2.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,

3.nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4.nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności powtórzenia badania i oceny ofert,

5.nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty ALMAX Dsytrybucja,

6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

(...)

Interes odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, jego oferta nie została odrzucona, a Odwołujący nie został wykluczony z postępowania. Dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, do której referuje niniejsze odwołanie, jako czynność wadliwa wobec braku odrzucenia oferty ALMAX-Dystrybucja, uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Szkoda pozostaje w tej sytuacji w adekwatnym związku przyczynowo-

skutkowym z uchybieniami, których dopuścił się Zamawiający.
W uzasadnieniu stanowiska podał:
1. Stan faktyczny
1.1 Zamawiający wszczął Postępowanie, którego przedmiotem jest „Dostawa artykułów spożywczych na potrzeby Salonów EXL oraz VIP". Stosowne ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 314020-2024.
1.2 Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.
Dowód: ogłoszenie o zamówieniu; SWZ udostępniona wykonawcom (wdokumentacji
Postępowania)
1.3 W dniu 05.07.2024 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (w ramach części 2) i zamieścił stosowną informację na stronie internetowej prowadzonego postępowania.
2. Rozwinięcie zarzutów
Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) PZP
2.1 Zgodnie z treścią udzielonej odpowiedzi na pytanie do SWZ z dnia 06.06.2024 r.:
2.2 Powyższe oznacza, że intencją Zamawiającego było to, aby w przypadku oferowanych produktów wykonawcy wskazali w formularzu wszystkie niezbędne informacje, które pozwolą zidentyfikować oferowane produkty i porównać je z wymogami określonymi przez Zamawiającego.
2.3 Gdyby Zamawiający nie chciał weryfikować tych informacji, nie tworzyłby formularza ofertowego w taki sposób, w jaki to uczynił – pozostawiając wykonawcy miejsce na uzupełnienie informacji o oferowanym produkcie.
2.4 Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „Izba zważyła, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający nie powinien domyślać się jakie parametry posiada zaoferowane urządzenie czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie, brak w ofercie Odwołującego deklaracji co do oferowanych parametrów urządzeń stanowi o merytorycznej niezgodności oferty z treścią SWZ" (KIO 1115/22). Właśnie z taką samą sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie – ALMAX-Dystrybucja podał tylko cząstkową informację w treści oferty, a nie dokładnie to, czego wymagał Zamawiający w treści wzoru formularza ofertowego. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego" (KIO 11/24).
2.5 Podkreślić należy, że de facto treść oferty wykonawcy ALMAX-Dystrybucja jest nieznana – nie jest bowiem wiadomo, jakie dokładnie świadczenie zostało zaoferowane przez ALMAX-Dystrybucja. Tak złożonej oferty nie można rozpatrzyć w inny sposób niż poprzez jej odrzucenie na podstawie przepisu art.
226 ust. 1 pkt 5) PZP.
2.6 Dokonując najprostszego porównania oferowanych produktów, widać następujące nieprawidłowości:

Pozycja	Nieprawidłowość
1.	Brak informacji o pojemności oferowanego produktu Istnieje szklana butelka o pojemności 700 ml:
2.	Brak informacji o pojemności oferowanego produktu Istnieje szklana butelka o pojemności 700 ml:
8.	Brak informacji o pojemności oferowanego produktu

	Istnieje produkt w plastikowej butelce o pojemności 700 ml: Istnieje produkt w plastikowej butelce o pojemności 1,5 L:

2.7 Nie można przy tym „naprawić" tej nieprawidłowości poprzez zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, gdyż prowadziłoby to wprost do wytworzenia nowej treści oferty (nieznanej w dacie składania ofert). Tak samo, niemożliwe jest wezwanie do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, gdyż wezwanie takie i odpowiedź prowadziłyby do negocjacji treści oferty (z uwagi na możliwość ustalenia treści oferty po upływie terminu na składanie ofert oraz dokonanie „wyboru" oferowanego świadczenia). Podkreślić w tym miejscu należy również wyrok KIO, w którym Izba zauważyła, że „wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Tym samym niedopuszczalne jest też określanie przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca nie sprecyzował tego przedmiotu w treści oferty" (KIO 122/22).

2.8 Szczególnie widoczna jest nieprawidłowość w złożeniu oferty przez ALMAX Dystrybucja w porównaniu do innych ofert w postępowaniu:

1)Odwołujący:

2)MAG DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. Sp. k.:

2.9Co istotne – u obydwu tych podmiotów następuje konkretyzacja treści oferowanego przedmiotu zamówienia – wskazany jest „karton". Natomiast w przypadku oferty ALMAX-Dystrybucja, takiej informacji nie znajdziemy:

2.10Zamawiający żądał zaoferowania konkretnego produktu – tj. produktu w kartonie. Natomiast z oferty wykonawcy ALMAX-Dystrybucja nie wynika, z jakiego materiału zostało wykonane opakowanie oferowanych produktów. Jest to o tyle istotne, że producent oferowanych napojów produkuje i sprzedaje produkty w różnych wersjach (ta sama objętość produktu), tj. na podstawie informacji ze strony internetowej producenta

2.11Powyższe jasno oznacza, że w danej „kategorii produktu" istnieje możliwość zaoferowania rozwiązania spełniającego wymagania Zamawiającego oraz niespełniającego tych wymagań. Nie istnieje zatem żadne uzasadnione (chociażby) podejrzenie, że ALMAX-Dystrybucja zaoferował rozwiązanie spełniające te wymogi – skoro istnieje różnorodność wyboru, to obowiązkiem ALMAX-Dystrybucja było sprecyzowanie oferowanego przedmiotu zamówienia.

2.12Podkreślić przy tym należy, że to na ALMAX-Dystrybucja spoczywał obowiązek wykazania Zamawiającemu, że złożona przez niego oferta jest zgodna z treścią SWZ, a zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada wszystkim wymaganiom, które zostały postawione przez Zamawiającego. Zamawiający nie powinien więc domyślać się, jakie cechy czy atrybuty posiada zaoferowany przedmiot czy też poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy i dokumenty potwierdzające spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego powinny być jednoznaczne i nie wzbudzać wątpliwości Zamawiającego. W jednym z wyroków KIO podkreśliła, że „brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Sprecyzowanie przedmiotu świadczenia na rzecz Zamawiającego dopiero na etapie wyjaśnień treści oferty uznać należy za niedopuszczalne uzupełnienie złożonej oferty" (KIO 320/23).

2.13Jest to tym bardziej istotne, że jeżeli weźmiemy pod uwagę pozycje 1-9 formularza ALMAX-Dystrybucja, to widoczne jest, że wykonawca ten wskazywał na materiał, z którego wykonane jest opakowanie oferowanego produktu. Jeżeli Zamawiający wymagał, aby to było „w plastikowych butelkach" (poz. 8), to ALMAX-Dystrybucja wskazywał w oferowanym produkcie, że jest „w plastikowych butelkach". Oznacza to, że sposób wypełnienia formularza cenowego był jasny i zrozumiały dla ALMAX Dystrybucja. Nieprawidłowy zatem sposób wypełnienia pozycji 10-14 powoduje, że oferowane rozwiązanie nie spełnia warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego.

2.14Zatem, w przypadku 8 pozycji formularza (z 14) pojawia się opis oferowanych produktów, który nie tylko nie spełniał wymogów określonych przez Zamawiającego, ale również nie pozwala na określenie, co dokładnie zostało zaoferowane przez ALMAX-Dystrybucja.

2.15Gdyby jednak przyjąć, że oferta złożona przez ALMAX-Dystrybucja jest prawidłowa, to doprowadziłoby to do następujących okoliczności:

2.16Nieporównywalność złożonych ofert – z uwagi na to, że nie jest możliwe oznaczenie dokładnego świadczenia zaoferowanego przez ALMAX Dystrybucja, a inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mogą wykazać co

dokładnie zaoferowali;
2.17Nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu – z uwagi na to, że Zamawiający musiałby odstąpić od jasnych i czytelnych postanowień dokumentów zamówienia, aby doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie miał znaczenia zaoferowany produkt przez któregokolwiek z wykonawców.
2.18Dlatego też, oferta ALMAX-Dystrybucja powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.
3.Podsumowanie
3.1 W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Zaniechania i naruszenia przepisów PZP dokonane przez Zamawiającego są istotne oraz wpływają na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego, a przez to powodują naruszenie interesu Odwołującego i narażają go na poniesienie szkody w związku z tymi czynnościami Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie w piśmie z dnia 18/07/2024 r. zgłosił wykonawca ALMAX-DYSTRYBUCJA Sp. z o. o. z Jastkowa stwierdzając, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego oraz, że zarzuty podnoszone w odwołaniu są w całości bezzasadne, a oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu. Z kolei w piśmie z dnia 1/08/2024 oświadczył o rezygnacji z przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania z dnia 15 lipca
2024 roku Odwołującego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: WW SERWIS SZYMON WÓJCIK, po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu podał, że (...) *w związku z podpisaniem umowy na realizację przedmiotowego zamówienia utracił interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego gdyż stało się ono bezprzedmiotowe*".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 2/08/24) wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)
Zarzut odwołania sprowadza się w istocie to tego, że w pozycjach 1, 2, 8 oraz 10-14. ALMAX DYSTRYBUCJA sp. z o. o (...) nie wskazał rodzaju opakowania danego napoju bezalkoholowego czy jego pojemności. Odwołujący wywodzi na tej podstawie niezgodność treść oferty Przystępującego ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej „SWZ"), co jest zarzutem nieuprawnionym w świetle obowiązującej w Postępowaniu SWZ (włącznie z odpowiedziami na pytania).
Zgodnie z rozdz. III ust. 12 SWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych w stosunku do opisywanych w specyfikacji warunków zamówienia, wykazał, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego (…) oraz wpisał nazwę produktu równoważnego w specyfikacji asortymentowej – Formularzu specyfikacja ilościowo cenowa (załącznik nr 1a do SWZ) oraz dołączył próbkę takiego produktu równoważnego do oferty, która będzie podlegała ocenie. Odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 06.06.2024 r. na którą powołuje się Odwołujący nie zmieniała zapisów SWZ a jedynie precyzowała stanowisko Zamawiającego w odpowiedzi na konkretne pytanie.
PYTANIE: Pragniemy zauważyć, że w odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, że w kolumnie "E" należy wpisać nazwę produktu oferowanego. np. mleko Łaciate. W tym wypadku oraz biorąc pod uwagę pytanie dotyczące ciastek kruchych Tago proszę o wyjaśnienia dlaczego w opisie przedmiotu nie mogą się pojawić określenie wafle, rurki itd? Opisy zawarte w arkuszu są bardzo nie jasne. Do ciastek kruchych według znajomości nazewnictwa nie koniecznie zalicza się wafle i rurki. Obnosząc się do pozycji 56 i 57 Zamawiający opisuje pozycje "np. Jacobs" w innych punktach wprost określa "Wedel" "Vitax" "Wawel". Z zastosowania określenia "np." wynika brak oczekiwania konkretnych parametrów jak w przypadku określnie "Jacobs". Proszę o wyjaśnienie i doprecyzowanie, ewentualna zmianę w załączniku.
ODPOWIEDŹ: Zamawiający informuje, że w kolumnie „E" Załącznika nr 1a ver.2 do SWZ, Wykonawca poza podaniem nazwy (marki) ma zawrzeć opis oferowanego produktu. Opisu produktu oferowanego można dokonać przy użyciu dowolnych określeń, jednakże wśród podanych informacji muszą się znaleźć takie, które umożliwią porównanie cech produktu oferowanego z cechami wskazanymi w opisie produktu oczekiwanego. Zamawiający nie ogranicza Wykonawców w zakresie użytego nazewnictwa, w tym użycia określeń rurki, wafle. itp. Istotą jest wskazanie w opisie produktu oferowanego cech zgodnych z cechami produktu oczekiwanego.
Powyższa odpowiedź na pytanie Wykonawcy nie dotyczy sytuacji, w której Wykonawca zaoferował produktu referencyjny a nie równoważny, co wynika wprost z brzmienia rozdz. III ust. 12 SWZ: „Zaproponowane przez Wykonawców w ofercie produkty równoważne muszą posiadać parametry techniczne (wielkość opakowania i jego rodzaj, konsystencja i skład surowcowy produktu itp.) odpowiadające wyszczególnionym produktom w załączniku nr 1a do SWZ, a także posiadać cechy jakościowe (normy polskie, dopuszczone do stosowania gastronomicznego środki konserwujące i barwiące itp.) i walory spożywcze (skład, smak, zapach, barwa, konsystencja itp.) równoważne do produktów wymienionych przez Zamawiającego poprzez wskazanie ich znaków towarowych w SWZ. Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych w stosunku do opisywanych w specyfikacji warunków zamówienia, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie opisanym powyżej, oraz wpisać nazwę produktu równoważnego w specyfikacji asortymentowej – Formularzu

specyfikacja ilościowo cenowa (załącznik nr 1a do SWZ) oraz dołączyć próbkę takiego produktu równoważnego do oferty, która będzie podlegała ocenie. Zamawiający dokona oceny złożonych próbek pod względem spełniania wymagań określonych w niniejszej SWZ w systemie „spełnia – nie spełnia". W przypadku dostarczenia próbek, które mają charakter produktów równoważnych Wykonawca powinien dostarczyć: - w przypadku płynów pojemność taka jak jest w danej pozycji opisu przedmiotu zamówienia - w przypadku pozostałego asortymentu gramaturę nie mniejszą niż 200 g lub równa w danej pozycji"

oraz rozdz. XIV ust. 4 SWZ:

„*W ww. formularzu w kolumnie „produkt oferowany" należy wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate. W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu preferowanego należy podać nazwę producenta, nazwę produktu i jego opis*".

Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący pomija, że Przystępujący w żadnej z pozycji nie zaoferował produktów równoważnych w stosunku do tych określonych przez Zamawiającego jako produkty referencyjne w kolumnie „C" Formularza specyfikacja ilościowo-cenowa. Tym samym na gruncie obowiązującej SWZ brak byłokonieczności w takim przypadku wskazywania na dodatkowy opis produktu. Wystarczające było podanie nazwy oferowanego napoju, jak prawidłowo zrobił to w kwestionowanych w odwołaniu pozycjach Przystępujący. Zważywszy powoływane w odwołania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 Pzp) Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby interpretować ofertę Przystępującego w sposób wskazany w odwołaniu, tj. domniemywać jej sprzeczności z SWZ.

Powyższe potwierdza udzielona przez Zamawiającego w dniu 05.06.2024 r. odpowiedź na pytanie nr 3, w której to odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że:

„Wyjaśniając treść Załącznika nr 1a do SWZ (Specyfikacja ilościowo-cenowa) Zamawiający informuje, że w kolumnie "E" Produkt oferowany, zgodnie z treścią SWZ należy wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate. Dotyczy to przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu wskazanego przez Zamawiającego w kolumnie "B" Produkt oczekiwany, którego Opis podany jest w kolumnie "C". W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu oczekiwanego, Wykonawca jest zobowiązany do podania nazwy producenta, nazwy produktu oraz jego opisu. Opis produktu równoważnego ma zawierać wszystkie, analogiczne do podanych w kolumnie "C", informacje umożliwiające dokładne jego porównanie z produktem oczekiwanym, w tym gramatury i objętości". Nie zmienia powyższego powoływana w odwołaniu odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 06.06.2024r. Zamawiający stwierdził w niej jednie, że opisu produktu oferowanego można dokonać przy użyciu dowolnych określeń, jednakże wśród podanych informacji muszą się znaleźć takie, które umożliwią porównanie cech produktu oferowanego z cechami wskazanymi w opisie produktu oczekiwanego. Zamawiający nie ogranicza Wykonawców w zakresie użytego nazewnictwa (…). Cytowaną odpowiedź na pytanie należy odczytywać w świetle pozostałych postanowień SWZ oraz odpowiedzi na pytania – odpowiadając na przedmiotowe pytanie Zamawiający wyjaśnił, jakiego opisu oczekuje w przypadkach, gdy zgodnie z SWZ taki opis jest wymagany, tzn. w przypadku oferowania rozwiązań równoważnych. Nie jest uprawnione i nie realizuje zasad opisanych w art. 16 Pzp interpretowanie postanowień SWZ w oderwaniu od pozostałych treści. Co więcej, nie byłoby ono zgodne z zasadami wykładni oświadczeń woli określonymi w art. 65 kc (a zarówno SWZ, jak i oferta Przystępującego) stanowią oświadczenia woli odpowiednio Zamawiającego, jak i Przystępującego). Jednocześnie w rozdz. XIV ust. 4 SWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że podania opisu produktu oczekuje w sytuacji, w której Wykonawca zaoferuje produkty równoważne w stosunku do określonych jako referencyjne.

Podsumowując, w świetle postanowień SWZ Zamawiający nie miał podstaw do żądania tych informacji w kolumnie „E" (Produkt oferowany), w sytuacji w której Wykonawca nie oferował produktu równoważnego, tylko produkt określony w kolumnie „B" (Produkt oczekiwany) i opisany w kolumnie „C"(Opis) Formularza specyfikacja ilościowo cenowa. Z ostrożności procesowej Zamawiający wskazuje, że przyjmując interpretację SWZ prezentowaną w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany byłby do wyjaśnienia, jak należy rozumieć brak podania w ofercie pojemności określonych produktów czy rodzaju opakowania. Jeśli Przystępujący wyjaśniłby, że brak opisu w tym zakresie oznacza zaoferowanie produktu dokładnie takiego, jak referencyjny, brak byłoby podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z SWZ. Podkreślenia jednak wymaga, że Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, zatem w takim przypadku nie ma możliwości uwzględnienia odwołania".

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z rozdziałem III. 1 SWZ jest: (...)*dostawa artykułów spożywczych na potrzeby Salonów EXL oraz VIP.*

1) Część nr 1 – Dostawa artykułów ogólnospożywczych,

2) Część nr 2 – Dostawa napojów bezalkoholowych,

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku: nr 3 do SWZ (Projektowane postanowienia umowy - PPU). (...)

We wskazanym rozdziale III SWZ podano ponadto w punktach 12 i 13:

„12. *Zaproponowane przez Wykonawców w ofercie produkty równoważne muszą posiadać parametry techniczne (wielkość opakowania i jego rodzaj, konsystencja i skład surowcowy produktu itp.) odpowiadające wyszczególnionym produktom w załączniku nr 1a do SWZ, a także posiadać cechy jakościowe (normy polskie, dopuszczone do stosowania gastronomicznego środki konserwujące i barwiące itp.) i walory spożywcze (skład, smak, zapach, barwa, konsystencja itp.) równoważne do produktów wymienionych przez Zamawiającego poprzez wskazanie ich znaków towarowych w SWZ. Wykonawca, który w ofercie powoła się na zastosowanie produktów równoważnych w stosunku do opisywanych w specyfikacji warunków zamówienia, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego produkty spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w zakresie opisanym powyżej, oraz wpisać nazwę produktu równoważnego w specyfikacji asortymentowej – Formularzu specyfikacja ilościowo cenowa (załącznik nr 1a do SWZ) oraz dołączyć próbkę takiego produktu równoważnego do oferty, która będzie podlegała ocenie. Zamawiający dokona oceny złożonych próbek pod względem spełniania wymagań określonych w niniejszej SWZ w systemie „spełnia – nie spełnia". W przypadku dostarczenia próbek, które mają charakter produktów równoważnych Wykonawca powinien dostarczyć:*

-w przypadku płynów pojemność taka jak jest w danej pozycji opisu przedmiotu zamówienia - w przypadku pozostałego asortymentu gramaturę nie mniejszą niż 200 g lub równa w danej pozycji.

13. Zamawiający dopuszcza tolerancję pojemności / wielkości /gramatury opakowania (+/-) 5%."

Zgodnie z kolei z rozdziałem XIV ust 4 SWZ Zamawiający wymagał, aby: *w kolumnie „produkt oferowany" wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate. W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu preferowanego należy podać nazwę producenta, nazwę produktu i jego opis*".

Odwołujący - S.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: WW SERWIS S.W. z/s w Górze Kalwari (Odwołujący lub wykonawca WW SERWIS) wniósł odwołanie w zakresie części 2 podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp z uwagi na niezasadne – zdaniem wykonawcy - zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALMAX-Dystrybucja sp. z o.o.(w zakresie części 2) jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Argumentacja niezgodności oferty z warunkami zamówienia oparta została na twierdzeniu braku w ofercie tego wykonawcy informacji dotyczącej pojemności i rodzaju opakowań oferowanych napojów. Odwołujący w tym przypadku wskazał, że takie wymaganie SWZ potwierdziła odpowiedź na pytanie nr 6 z dnia 6 czerwca 2024 r. Także ta argumentacja została oparta na treści oferty w tej części Odwołującego i drugiego z wykonawców uczestniczących w przetargu: MAG DYSTRYBUCJA SPÓŁKA Z O.O. Sp. K. z /s w Olsztynie.

Podnoszony w odwołaniu zarzut nie jest zasadny.

Powołane przez Odwołującego pytanie z dnia 6.06.2024 r. przede wszystkim nawiązuje do odpowiedzi z dnia 5.06.2024 r., co Odwołujący w cytowanej w odwołaniu odpowiedzi pominął. Mianowicie w tym pytaniu z dnia 6.06.2024 r. – zdanie pierwsze – pytający wskazał: „*Zamawiający w dniu 05-06- 20024 udzielił odpowiedzi na pytania*". W tej odpowiedzi z dnia 5.06.2024 r. w akapicie pierwszym Zamawiający podał: „ *Wyjaśniając treść Załącznika nr 1a do SWZ (Specyfikacja ilościowo-cenowa) Zamawiający informuje, że w kolumnie "E" Produkt oferowany, zgodnie z treścią SWZ należy wpisać nazwę (markę) produktu oferowanego asortymentu np. mleko Łaciate. Dotyczy to przypadku zaoferowania przez Wykonawcę produktu wskazanego przez Zamawiającego w kolumnie "B" Produkt oczekiwany, którego Opis podany jest w kolumnie "C". W przypadku zaoferowanego produktu równoważnego do produktu oczekiwanego, Wykonawca jest zobowiązany do podania nazwy producenta, nazwy produktu oraz jego opisu. Opis produktu równoważnego ma zawierać wszystkie, analogiczne do podanych w kolumnie "C", informacje umożliwiające dokładne jego porównanie z produktem oczekiwanym, w tym gramatury i objętości".*

Pytanie i odpowiedź z dnia 6.06.2024 r., zgodnie z ich treścią, odnosiły się przede wszystkim do asortymentu (ciastek) z części 1. Jednocześnie zgodnie z tą odpowiedzią Zamawiający - w zdaniu ostatnim - podał: „*Zamawiający informuje, że treść Załącznika nr 1a ver.2 do SWZ (Specyfikacja ilościowocenowa) pozostawia bez zmian*". Ten załącznik z kolei obejmuje asortyment zarówno dla części 1 jak i dla części 2, której dotyczy odwołanie.

Zatem – jak słusznie podnosił Zamawiający – argumentacja wykonawcy WW SERWIS jest nietrafiona i tym samym zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, ponieważ z dokumentacji postępowania bezspornie wynika, że dodatkowe informacje dotyczące m.in. parametrów oferowanych przez wykonawcę produktów wymagane są jedynie w przypadku oferowania produktów innych niż opisane w SWZ (równoważnych). Odwołujący nie wykazał, że oferta wykonawcy ALMAX-DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. zawiera produkty (napoje) równoważne a zatem inne niż opisane w SWZ i tym samym, że w odniesieniu do tych pozycji były wymagane opisy co do opakowań czy ich pojemności w zakresie wskazywanych w odwołaniu pozycji.

W konkluzji Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, że (...)*w świetle postanowień SWZ Zamawiający nie miał podstaw do żądania tych informacji w kolumnie „E" (Produkt oferowany), w sytuacji w której Wykonawca nie oferował produktu równoważnego, tylko produkt określony w kolumnie „B" (Produkt oczekiwany) i opisany w kolumnie „C"(Opis) Formularza specyfikacja ilościowo cenowa".* Także Izba – w związku z

różnymi opisami przyjętymi przez Almax w kolumnie „Produkt oferowany" - zgodziła się z wyrażonym z ostrożności procesowej stanowiskiem Zamawiającego, że (...) *przyjmując interpretację SWZ prezentowaną w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany byłby do wyjaśnienia, jak należy rozumieć brak podania w ofercie pojemności określonych produktów czy rodzaju opakowania".* Uwzględniając zatem art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiący podstawę takiego zapytania, gdyby wykonawca Almax wyjaśnił, że brak opisu w tym zakresie oznacza zaoferowanie produktu dokładnie takiego, jak referencyjny, brak byłoby podstaw do odrzucenia tej oferty, jako niezgodnej z SWZ. Niewątpliwie wnoszący odwołanie wykonawca nie postawił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Izba z kolei uwzględniając dyrektywę z art. 555 ustawy Pzp; (....) *nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*".

Wobec powyższych ustaleń nie mogły podlegać uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) (rozporządzenie) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 tego rozporządzenia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

……