

WYROK

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2024 r. przez wykonawcę Mona-Kontra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Policji w Szczycinie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 951/24

Uzasadnienie

Akademia Policji w Szczycinie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa nabyła na potrzeby Wyższej Szkoły Policji w Szczycinie”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 stycznia 2024 r. pod nr 49599-2024.

W dniu 22 marca 2024 r. wykonawca Mona-Kontra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa nabyła na potrzeby Wyższej Szkoły Policji w Szczycinie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie niezgodnie z treścią § 3 ust.7 i ust.13 Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie poz. 5, poz. 6, poz. 11, poz. 19, poz. 20 i poz. 23 Załącznika nr 2 do SWZ czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez D.D. Hurtownia Nabyłowa D., w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu tego, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez D.D. Hurtownia Nabyłowa D., a następnie nakazanie jej odrzucenia;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 18 marca 2024 r. Zamawiający poinformował Mona-Kontra sp. z o.o. o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa nabyła na potrzeby Wyższej Szkoły Policji w Szczycinie.

Z zamieszczonej informacji wynikało, że za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez D.D. Hurtownia Nabyłowa D..

Stosownie do zapisu § 9 ust.1 Specyfikacji warunków zamówienia częścią oferty jest wypełniony formularz cenowy, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ.

W załączniku nr 2 zatytułowanym: Formularz cenowy - nabyła, w kolumnie drugiej zawarto

w poszczególnych punktach szczegółowy opis wymaganego produktu, natomiast kolumna piąta oznaczona została jako

„Nazwa oferowanego produktu/ nazwa producenta/gramatura produktu”.

Zgodnie z § 3 ust. 7 SWZ, Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych w rozumieniu art. 92 ust. 1 ustawy, w § 3 ust. 13 sprecyzował, iż „za artykuł równoważny uważa się artykuł, który został wyprodukowany z tych samych surowców (składników), co artykuł podstawowy, w ilości określonej procentowo lub wagowo, nie odbiegającej od wskazanej

w formularzu cenowym. Jeżeli skład produktu podstawowego nie jest określony procentowo lub wagowo, za artykuł równoważny uznaje się artykuł składający się z nie więcej niż dodatkowo dwóch składników do składu artykułu podstawowego”.

Dodatkowo, w treści § 3 ust. 12 SWZ, jeżeli opis przedmiotu zamówienia wskazuje znaki towarowe lub pochodzenie artykułów spożywczych, to służą one wyłącznie do określenia parametrów technicznych, standardów, właściwości, jakości, przydatności towaru, jakimi powinny charakteryzować się wchodzące w skład przedmiotu zamówienia artykuły spożywcze. Wykonawca składając ofertę może oferować artykuły spożywcze równoważne do wskazanych za pomocą znaków towarów lub pochodzenia.

Odwolujący wskazał, że w ofercie wykonawcy D.D. wymienione w formularzu cenowym produkty nie spełniają wymogów zamówienia,

a mianowicie:

1. Poz. 5 i 6, tabela 5 Załącznika nr 2 - wykonawca zaoferował w obu pozycjach Śmietanę

30 % tłuszczu, co jest niezgodne z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, wskazującymi śmietankę pasteryzowaną min. 30% tłuszczu. Śmietanka i śmietana to dwa różne produkty.

Śmietanka uzyskiwana jest podczas odwirowania mleka. Jest płynna i słodka, dostępna

w wariantach: 10%,12%,18%, 30% lub 36% tłuszczu.

Śmietana natomiast jest ukwaszoną w wyniku działania czystych kultur bakterii mlekowych śmietanką, posiadającą gęstą konsystencję oraz lekko kwaśny smak. Występuje w wersjach 12%, 18% i 22% tłuszczu. Innymi słowy różnica pomiędzy śmietanką a śmietaną jest jak mlekiem a jogurtem.

dowód: - piśmiennictwo - Forum mleczarskie

2. Poz. 11. Wskazane przez Zamawiającego zamówienie dotyczy sera śmietankowego typu twój smak lub równoważnego o wadze min. 900 g. Wykonawca zaoferował natomiast serek

o gramaturze jednostkowej produktu 1 kg lub 5 kg, co może być uznane za złożenie oferty wariantowej, której to możliwości Zamawiający zgodnie z § 3 ust. 7 SWZ Zamawiający nie dopuścił.

3. Poz. 19, tabela 5 Załącznika nr 2 – wskazany jogurt owocowy 150G SM Mlepol nie może być uznany jako artykuł równoważny z powodu zbyt dużej różnicy w składzie. W wymaganiach Zamawiającego (tabela 2) określono „Jogurt z owocami typu Jogobella lub równoważny”.

Zaoferowany jogurt owocowy Spółdzielni Mleczarskiej Mlepol nie jest jogurtem typu Jogobella lub równoważnym.

Zawartość owoców w jogurcie Jogobella wynosi 9%, natomiast w jogurcie SM Mlepol od 2,1% do 4%.

dowód: - specyfikacja wyrobu jogurtu Jogobella Zott Jogobella,

- specyfikacja wyrobu jogurtu owocowego SM. Mlepol

4. Poz. 20 Zamawiający w przedmiocie zamówienia wskazał Jogurt kremowy typu Fantazja lub równoważny 90G - 125G, natomiast wykonawca zaoferował niezgodnie z opisem zamówienia jogurt o gramaturze 90 - 128G.

Według § 3 ust. 13 SWZ za artykuł równoważny uważa się artykuł posiadający gramaturę minimalną lub nie odbiegającą od wskazanej w formularzu cenowym tolerancji procentowej dla artykułu podstawowego.

W poz. 20, w opisie przedmiotu zamówienia (tabela 2) nie wskazano tolerancji procentowej. Tolerancja taka przewidziana została jedynie w poz. 2, 3, 5, 7, 24, 26, 28 i 29.

Produkt nie spełnia więc wymagań SWZ.

5. Poz. 23, tabela 5 Załącznika nr 2 wykonawca zaoferował serek śmietankowy Favita

w plastrach 150G SM Mlekowita. Właściwa nazwa handlowa brzmi „Serek Favita w plastrach”. Jest to serek zawierający 75 % sera solankowego w przeciwieństwie do wymaganego przez Zamawiającego sera śmietankowego typu Piątnica, w którego składzie jest głównie ser twarogowy. Występują również inne istotne różnice w składzie (serek śmietankowy w plastrach OSM Piątnica zawiera 1,0 g soli, 24 g tłuszczu, natomiast ser kanapkowy w plastrach SM Mlekowita 2,3% soli i 14 % tłuszczu), uniemożliwiające uznanie sera Favita w plastrach za produkt równoważny serkiem śmietankowym plastry typu Piątnica.

dowód: - specyfikacja wyrobu typu Piątnica,

- specyfikacja wyrobu SM Mlekowita.

Zaoferowany produkt został wyprodukowany z innych składników, a mianowicie nie z sera twarogowego lecz sera solankowego, sera podpuszczkowego poddawanego dojrzewaniu w zalewie solankowej, charakteryzującego się większą od innych serów zawartością soli, posiada inne niż wymagane cechy fizykochemiczne, wobec czego nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Mona-Kontra sp. z o.o. w dniu 1 marca 2024 r. zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty Hurtowni nabiałowej D.D. wskazując na niezgodność oferowanych, wymienionych produktów z opisem przedmiotu zamówienia.

dowód: - pismo z dnia 1 marca 2024 r.

Jak wynika z treści informacji z dnia 18 marca 2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający w/w stanowiska spółki Mona-Kontra sp. z o.o. nie uwzględnił. W dniu 21 marca 2024 r. na wniosek Mona-Kontra sp. z o.o. Zamawiający przesłał następujące dokumenty: pismo Znak: SŻ-51/2024 z dnia 5 marca 2024 r. Starszego Specjalisty Sekcji Żywnościowej Akademii Policji w Szczycinie, wezwanie Znak: ZZP-160/24 z dnia 6 marca 2024 r. skierowane do Hurtowni Nabiałowej D.D. do złożenia wyjaśnień, oraz wyjaśnienie wykonawcy z dnia 11 marca 2024 r.

dowód: - pismo z dnia 5 marca 2024 r.,

- wezwanie z dnia 6 marca 2024 r.,

- wyjaśnienie z dnia 11 marca 2024r.

(w aktach Zamawiającego dotyczących postępowania)

Wyrażone w piśmie Znak: SŻ 51/2024 z dnia 5 marca 2024 r. stanowisko Starszego Specjalisty Sekcji Żywnościowej Akademii Policji w Szczycinie, dotyczące pkt 1, pkt 4 i pkt 5 wniosku Mona-Kontra sp. z o.o. z dnia 1 marca 2024 r., jest całkowicie błędne.

Według w/w specjalisty, Zamawiający w poz. 19 Formularza cenowego nie określił, jaki powinien być skład procentowy jogurtu, natomiast wymagano jogurtu o składzie równoważnym pod względem fizykochemicznym i zbliżonych cechach sensorycznych, jak jogurt Jogobella

z owocami. Zamawiającemu umknęła jednak bardzo istotna okoliczność, a mianowicie fakt, iż poza zawartymi w formularzu cenowym dodatkowymi, odnoszącymi się do poszczególnych produktów zapisami, wskazującymi jaki produkt uważany jest dla danego produktu za równoważny, podstawowa definicja artykułu równoważnego określona została w § 3 ust.

13 SWZ. W/w definicja (cytowana wyżej) wskazuje wprost, iż artykuł ma być wyprodukowany

z tych samych surowców/składników, co artykuł podstawowy i posiadać określoną procentowo

i wagowo ilość, która nie odbiega od ilości wskazanej w formularzu cenowym. Jeżeli skład procentowy lub wagowy nie jest podany w opisie przedmiotu zamówienia, oczywistym jest, że należy odnieść się do składu procentowego lub wagowego produktu referencyjnego.

Zaoferowany przez Hurtownię Nabiałową D. jogurt owocowy Spółdzielni Mlekoopol zawiera dwa razy mniej owoców niż wymagany jogurt z owocami typu Jogobella. Nie jest zatem produktem równoważnym!

Chybione jest również stanowisko Specjalisty Zamawiającego odnośnie wskazanego w poz. 23 serka śmietankowego w plastrach typu Piątka i zaoferowanego przez Hurtownię Nabiałową D. serka śmietankowego Favita w plastrach. Szczegółowe stanowisko w tym zakresie Odwołujący opisał wyżej w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest również, odnoszące się do zaoferowanej przez Hurtownię Nabiałową D. w poz. 5 i 6 Formularza cenowego śmietany 30%, twierdzenie autora pisma z dnia 5 marca 2024 r., iż „według Zamawiającego, Wykonawca posłużył się nazwą potoczną”.

Uczestniczący w postępowaniu wykonawcy są profesjonalistami i opisują produkty według nazw handlowych. Jak wyżej podkreślono, śmietanka i śmietana to dwa różne występujące

na rynku mleczarskim tradycyjne produkty i brak jest im nazw potocznych.

W poz. 4, dotyczącej śmietany min. 18% tenże wykonawca zaoferował śmietanę 18 % kwaśną, a w poz. 7 dotyczącej śmietanki do kawy min. 10% tłuszczu, zaoferował śmietankę łaciatą UHT do kawy 10% tłuszczu.

Odmienne natomiast wskazał produkty w poz. 5 i 6, a mianowicie Zamawiający żądał dostawy śmietanki, zaś w/w wykonawca zaoferował śmietanę.

Zamawiający, w wyniku zgłoszonych przez Mona-Kontra sp. z o.o. w piśmie z dnia 1 marca 2024 r. zastrzeżeń, wystąpił do Hurtowni Nabiałowej D. o złożenia wyjaśnień treści oferty.

Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 11 marca 2024 r. stanowią niedopuszczalną w postępowaniu o zamówienie publiczne zmianę treści oferty.

Wykonawca w przesłanych wyjaśnieniach stwierdza, że w poz. 5 i 6 oferuje śmietankę nie śmietanę, w poz. nr 11 oferuje

serek śmietankowy o gramaturze nie 1 kg lecz 5 kg, zaś w poz. 20 oferuje jogurt nie w gramaturze 90-128 g, lecz w gramaturze 90-125 g.

Wskazane wyżej zmiany nie mogą być również traktowane jako możliwe do poprawienia w ofercie błędy.

W podsumowaniu odwołania Odwołujący wskazał, że oferta D.D. Hurtownia D. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dołączone do odwołania.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa nabiału na potrzeby Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie.

W § 3 ust. 2, 12 oraz 13 SWZ wskazano:

2. Opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SWZ.

12. Jeżeli opis przedmiotu zamówienia wskazuje znaki towarowe lub pochodzenie artykułów spożywczych, to służą one wyłącznie do określenia parametrów technicznych, standardów, właściwości, jakości, przydatności towarów, jakimi powinny charakteryzować się wchodzące w skład przedmiotu zamówienia artykuły spożywcze. Wykonawca składając ofertę może oferować artykuły spożywcze równoważne do wskazanych za pomocą znaków towarów lub pochodzenia.

13. Za artykuł równoważny uważa się artykuł:

– który został wyprodukowany z tych samych surowców (składników) co artykuł podstawowy, w ilości określonej procentowo lub wagowo, nie odbiegającej od wskazanej w formularzu cenowym. Jeżeli skład produktu podstawowego nie jest określony procentowo lub wagowo, za artykuł równoważny uznaje się artykuł składający się z nie więcej niż dodatkowo dwóch składników do składu artykułu podstawowego,

– posiadający te same walory organoleptyczne (smak, zapach, barwę, konsystencję), a także posiadający cechy jakościowe (normy polskie lub równoważne, dopuszczone do stosowania gastronomicznego środki konserwujące i barwiące) nie gorsze niż artykuł podstawowy,

– posiadający gramaturę minimalną lub nie odbiegającą od wskazanej w formularzu cenowym lub nie odbiegającą od wskazanej w formularzu cenowym tolerancji procentowej dla artykułu podstawowego.

W dniu 18 marca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy D.D. jako najkorzystniejszej.

Izba rozpoznając odwołanie miała na uwadze następujące okoliczności:

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

Stosownie do art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć *warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające*

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody*

dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Zgodnie z art. 535 ustawy Pzp, na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Izba wskazuje, że wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Mając na uwadze, że Odwołujący podniósł wobec następujących produktów wskazane w formularzu cenowym wykonawcy D.D. brak spełnienia wymagań zamówienia, Izba wskazuje:

1. W pozycji 5 i 6 w Formularzu cenowym - wykonawca zaoferował w obu pozycjach Śmietanę 30 % tłuszczu.

Zamawiający wymagał Śmietanki sterylizowanej min. 30 % tłuszczu – zgodnie z pozycją

5 Formularza cenowego oraz śmietanki 30% pasteryzowanej – zgodnie z pozycją

6 Formularza cenowego.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, że śmietanka i śmietana to dwa różne produkty. Jednak Izba miała na uwadze, że Zamawiający na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 r. wskazał, że wykonawca D.D. złożył przedmiotowe środki dowodowe, z których wynikało, że w pozycji 5 i 6 zaoferował śmietankę 30%. Powyższa okoliczności koresponduje z dokumentem Oceny merytorycznej ofert dostawy nabiału – 03/SŻ/24 z 12 marca 2024 r., z którego wynika, że jeśli chodzi o Ofertę nr 1 – oferta wykonawcy D.D. Hurtowania Nabiałowa D., to zostały złożone wszystkie próbki zgodnie

z wymaganiami opisanymi w formularzu cenowym.

Izba miała na uwadze również fakt, że jako nazwę oferowanego produktu wykonawca D.D. wskazał śmietanę UHT 30%, a jak słusznie zauważył Odwołujący śmietanka to dostępna jest w wariantach 10%, 12%, 18%, 30% lub 36% tłuszczu, natomiast śmietana –

w wariantach 12%, 18% i 22%.

W ocenie Izby niezgodność ww. oferty z warunkami zamówienia nie jest oczywista i może być rozpatrywana w kategorii oczywistej omyłki pisarskiej.

2. W pozycji 11 Formularza cenowego Wskazane przez Zamawiającego zamówienie dotyczy serka śmietankowego typu twój smak lub równoważnego o wadze min. 900 g. Wykonawca zaoferował natomiast serek o gramaturze jednostkowej produktu 1 kg lub 5 kg, co może być uznane za złożenie oferty wariantowej, której to możliwości Zamawiający zgodnie z § 3 ust.

7 SWZ Zamawiający nie dopuścił.

Izba wskazuje, że Odwołujący sformułował zarzut dotyczący niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Natomiast w uzasadnieniu wskazał, że wykonawca złożył ofertę wariantową, a Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości. Izba wskazuje, że oprócz ogólnego stwierdzenia Odwołujący nie wskazał na czym polegała wariantowość oferty wykonawcy D.D. polega, mając na uwadze, że oferta wariantowa oznacza każdą odmienność od warunków zamówienia.

3. Poz. 19, tabela 5 Załącznika nr 2 – wskazany jogurt owocowy 150G SM Mlekoop nie może być uznany jako artykuł równoważny z powodu zbyt dużej różnicy w składzie. W wymaganiach Zamawiającego (tabela 2) określono „Jogurt z owocami typu Jogobella lub równoważny”.

W ocenie Odwołującego, zaoferowany jogurt owocowy Spółdzielni Mleczarskiej Mlekoop nie jest jogurtem typu Jogobella lub równoważnym. Zawartość owoców w jogurcie Jogobella wynosi 9%, natomiast w jogurcie SM Mlekoop od 2,1% do 4%.

Zgodnie z definicją zawartą w § 3 ust. 12 SWZ, za artykuł równoważny uważa się artykuł:

- który został wyprodukowany z tych samych surowców (składników) co artykuł podstawowy, w ilości określonej procentowo lub wagowo, nie odbiegającej od wskazanej w formularzu cenowym. Jeżeli skład produktu podstawowego nie jest określony procentowo lub wagowo, za artykuł równoważny uznaje się artykuł składający się z nie więcej niż dodatkowo dwóch składników do składu artykułu podstawowego.

Izba wskazuje, że dla wypełnienia przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, konieczne jest wskazanie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego procentowo lub wagowo określoną ilość tych samych składników w produkcie równoważnym należy odnieść do składu produktu podstawowego, natomiast Zamawiający był zdania, że ustalenie składu procentowego lub wagowego produktu podstawowego jest możliwe, gdy Zamawiający wskazał go w formularzu cenowym.

Ponieważ warunki postępowania w powyższym zakresie nie zostały opisane w sposób jednoznaczny, Izba jest zdania,

że wobec powyższego nie można uznać, że produkt jest niezgodny z warunkami zamówienia.

4. W pozycji 20 Formularza cenowego wykonawca zaoferował jogurt o gramaturze 90 - 128G,

Natomiast Zamawiający w przedmiocie zamówienia wskazał Jogurt kremowy typu Fantazja lub równoważny 90G - 125G.

Zgodnie z § 3 ust. 13 SWZ, za artykuł równoważny uważa się artykuł posiadający gramaturę minimalną lub nie odbiegającą od wskazanej w formularzu cenowym tolerancji procentowej dla artykułu podstawowego.

Odwołujący wskazał, że w poz. 20, w opisie przedmiotu zamówienia (tabela 2) nie wskazano tolerancji procentowej.

Tolerancja taka przewidziana została jedynie w poz. 2, 3, 5, 7, 24, 26, 28 i 29, a więc produkt nie spełnia więc wymagań SWZ.

Izba wskazuje, że z definicji artykułu równoważnego w § 3 ust. 13 SWZ wynika, że za artykuł za równoważny należy uznać:

1. artykuł posiadający gramaturę minimalną lub

2. artykuł nie odbiegający od wskazanej w formularzu cenowym tolerancji procentowej dla artykułu podstawowego.

Dla uznania artykułu za równoważny wystarczy spełnienie przez artykuł jednego z powyższych warunków.

Ponieważ artykuł zaoferowany przez wykonawcę D.D. spełnia pierwszy z warunków – posiada, wymaganą przez Zamawiającego gramaturę minimalną – 90 g, należy uznać go za artykuł równoważny.

Zarzut Odwołującego w powyższym zakresie okazał się niezasadny.

5. W pozycji 23 Formularza cenowego wykonawca zaoferował serek śmietankowy Favita

w plastrach 150G SM Mlekowita, natomiast Zamawiający wymagał artykułu – serek śmietankowy plastry typu Piątnica lub równoważny. Odwołujący wskazał, że właściwa nazwa handlowa artykułu oferowanego przez wykonawcę D.D. brzmi „Serek Favita

w plastrach”. Jest to serek zawierający 75 % sera solankowego w przeciwieństwie do wymaganego przez Zamawiającego sera śmietankowego typu Piątnica, w którego składzie jest głównie ser twarogowy. Występują również inne istotne różnice w składzie (serek śmietankowy w plastrach OSM Piątnica zawiera 1,0 g soli, 24 g tłuszczu, natomiast ser kanapkowy w plastrach SM Mlekowita 2,3% soli i 14 % tłuszczu), uniemożliwiające uznanie sera Favita w plastrach za produkt równoważny serkiem śmietankowym plastry typu Piątnica.

Odwołujący wskazał również, że zaoferowany przez wykonawcę D.D. artykuł – serek śmietankowy Favita wyprodukowany jest z innych składników – nie z sera twarogowego lecz z sera solankowego, sera podpuszczkowego poddanego dojrzewaniu w zalewie solankowej, który charakteryzuje się większą od innych zawartością soli.

Jako dowód Odwołujący przedstawił specyfikację wyrobu typu Piątnica i specyfikację wyrobu SM Mlekowita.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 3 ust. 12 SWZ, za artykuł równoważny uważa się artykuł:

- który został wyprodukowany z tych samych surowców (składników) co artykuł podstawowy, w ilości określonej procentowo lub wagowo, nie odbiegającej od wskazanej w formularzu cenowym. Jeżeli skład produktu podstawowego nie jest określony procentowo lub wagowo, za artykuł równoważny uznaje się artykuł składający się z nie więcej niż dodatkowo dwóch składników do składu artykułu podstawowego.

Odwołujący jako dowód, że serek zaoferowany przez wykonawcę D.D. i serek wskazany w Formularzu cenowym nie są wyprodukowane z tych samych surowców (składników) przedstawił Specyfikację wyrobu serek Favita w plastrach, natomiast

w przypadku sera typu Piątnica – została przedstawiona etykieta na ww. artykule, z której wynika jedynie jaki skład ma powyższy artykuł, natomiast nie zawiera ona informacji, z jakich składników został wyprodukowany, nie zawiera również informacji o składzie procentowym poszczególnych składników. Takiego wymagania nie zawarł w OPZ również Zamawiający.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że oba artykuły są wyprodukowane z innych surowców.

Izba ocenia zasadność zarzutów na podstawie przedstawionych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów. W sytuacji, gdy Odwołujący twierdzi, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, to ma obowiązek tę niezgodność udowodnić, zgodnie z obowiązującym rozkładem ciężaru dowodu.

Mając na uwadze art. 534 ust. 1 oraz 535 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący nie sprostął temu obowiązkowi, nie przedstawił dowodów na zasadniczą i nieusuwalną niezgodności treści oferty wykonawcy D.D. z warunkami zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na

podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy

ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania

oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.).

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: