

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę VEGGO K i J Bis Spółka jawna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dzielnicowe Biuro Finansów Oświaty Ursynów m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy M.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe M.S. w Przybyszewie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę VEGGO K i J Bis Spółka jawna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego VEGGO K i J Bis Spółka jawna z siedzibą w Warszawie oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1167/24

Uzasadnienie

Zamawiający Dzielnicowe Biuro Finansów Oświaty Ursynów m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywne dostawy zboża, ziemniaków, warzyw, owoców i orzechów dla szkół i placówek oświatowych prowadzących zbiorowe żywienie dzieci w Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy” (wewnętrzny identyfikator: DBFO/DAZ/396/2023/W). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 242/2023 nr 00763082-2023 w dniu 15 grudnia 2023 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 8 kwietnia 2024 r. wykonawca VEGGO K i J Bis Spółka jawna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Marcina Seligę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe M.S. w Przybyszewie (dalej jako „Przystępujący”) z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę,
3. ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 2 - naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień, z uwagi na konieczność rozszerzenia wezwania w zakresie wyjaśnienia poszczególnych pozycji formularza ofertowego, mających znaczący wpływ na cenę oferty oraz z uwagi na to, że złożone dotychczas wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska,
4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia prawidłowych dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: aktualnej decyzji lub zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w sprawie wpisu do rejestru zakładów lub w sprawie zatwierdzenia zakładu podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie produkcji (jeśli Wykonawca jest producentem) składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi lub w zakresie składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi (jeśli Wykonawca nie jest producentem),

działalność objęta decyzją ma dotyczyć przedmiotu zamówienia, na którą składana jest oferta, 5.art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji gdy oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert, 2) odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę, ewentualnie wezwanie Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień z uwagi na to, że cena oferty wydaje się rażąco niska, a przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, nie potwierdzające prawidłowości wyceny, 3) wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia prawidłowych dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: aktualnej decyzji lub zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w sprawie wpisu do rejestru zakładów lub w sprawie zatwierdzenia zakładu podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie produkcji (jeśli Wykonawca jest producentem) składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi lub w zakresie składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi (jeśli Wykonawca nie jest producentem), działalność objęta decyzją ma dotyczyć przedmiotu zamówienia, na którą składana jest oferta, 4) dokonanie czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ.

Odwołujący w terminie na wniesienie odwołania, w dniu 8 kwietnia 2024 r., złożył pismo stanowiące uzupełnienie odwołania, podnosząc w nim dodatkowy zarzut ewentualny – zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia prowadzącym do dokonania przez Wykonawców nieporównywalnych wycen w poszczególnych pozycjach formularza asortymentowo cenowego. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności opisanych w odwołaniu, ewentualnie unieważnienie postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 1) Odwołujący wskazał na stanowisko Zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, podnosząc, iż się z nim nie zgadza. Podniósł, iż w projektowanych postanowieniach umowy – załącznik nr 11 do SWZ - Zamawiający w § 5 ust. 1 pkt 1 przewidział możliwość zmiany umowy właśnie w zakresie gramatur produktów, Zamawiający dopuszczał zatem możliwość dokonywania zmian w obszarze gramatur produktów. Zamawiający nie uznał wyjaśnień Wykonawcy z których wynika, iż Wykonawca udzielając wyjaśnień wskazał dodatkowo, że: „*zamieścić informację o występujących standardowo u Wykonawcy gramaturach tych produktów*”. Dalej Odwołujący podniósł, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wskazał, iż w opisie kolumny zamieścił dodatkowe, nie wymagane przez Zamawiającego informacje. Odwołujący podkreślił w wyjaśnieniach, iż wypełniając ww. kolumnę (która była nieprzeznaczona do podawania danych o gramaturach) podał Zamawiającemu dodatkowe informacje. Do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny, zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu. W opisanym stanie faktycznym Wykonawca podał dane dodatkowe, których Zamawiający nie wymagał. Należy wskazać, iż ww. dane nie były dla Zamawiającego essentialia negotii przyszłego zobowiązania (m.in. z powodu braku nałożenia obowiązku o podaniu gramatur i wprowadzeniu możliwości ich zmiany na etapie realizacji umowy). W kolumnie, w której Wykonawca podał dodatkowe dane, Zamawiający wymagał podania jedynie nazwy odmiany oferowanego produktu, a nie jego gramatury. Z tych względów Zamawiający nie może uznać tego elementu jako elementu zasadniczego, stanowiącego niezgodność oferty, bowiem nie wymagał podania takich danych. Była to rubryka do podania jedynie nazwy odmiany produktu. Wykonawca jednoznacznie wskazał, iż zamieścił dodatkowe informacje o występujących standardowo u Wykonawcy gramaturach tych produktów z uwagi na to, że nie są one dostarczane luzem tylko w opakowaniach. Jednocześnie Wykonawca potwierdził, iż zaoferował Zamawiającemu przedmiot zamówienia odpowiadający opisanym w SWZ i kalkulacji cenowej wymaganiom oraz odpowiadającym jakościowo szczegółowym normom handlowym (branżowym) i ogólnej normie handlowej określonych w obowiązujących przepisach prawa. Z tych względów Zamawiający nie może przyjąć wbrew twierdzeniu woli Wykonawcy wykonania zamówienia w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu. Dlatego w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty.

Uzasadniając zarzuty dotyczące ceny oferty Przystępującego (zarzut nr 2 oraz zarzut ewentualny nr 3) Odwołujący podniósł, iż Przystępujący przedstawił rażąco niską cenę, w zakresie poszczególnych cen jednostkowych zaniżając je w sposób znaczący, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do tego czy wycena została przygotowana

rzetelnie. Dane te zostały zawarte w tabeli poniżej, ukazując nie tylko różnicę w stosunku do oferty Odwołującego, ale również w stosunku do notowań produktów na giełdzie hurtowej Bronisze:

Produkt – poz. kalkulacji	Cena jednostkowa z oferty Odwołującego i Przystępującego	Różnica:
20 – jabłka	20 – Veggo 2,30, Seliga 1,50 Najniższa cena przeciętna wg notowań z dnia 19.01.2024 r. – 2,15 zł. 23.02.2024 r. – 2,00 zł.	Różnica na tej tylko pozycji wynosi 22.508,80 zł.
90 – ogórek kiszony	90 – Veggo 5,00, Seliga 4,00 Najniższa cena przeciętna wg notowań z dnia 19.01.2024 r. – 8,50 zł. 23.02.2024 r. – 9,50 zł.	Różnica na tej tylko pozycji wynosi 5.341,00 zł.
125 – ziemniaki	125 – Veggo 1,90, Seliga 1,20 Najniższa cena przeciętna wg notowań z dnia 19.01.2024 r. – 1,66 zł. i 2,25 zł. 23.02.2024 r. to 1,75 zł. i 2,30 zł.	Różnica na tej tylko pozycji wynosi 60.733,40 zł.
126 – ziemniaki obrane	126 – Veggo 21,00, Seliga 12,00	Różnica na tej tylko poz. wynosi 26.559 zł.
Razem różnica między ofertą Odwołującego a Przystępującego 115.142,20 zł.		

Odwołujący zauważył, iż Zamawiający podobnie jak w przypadku zarzutu nr 4 uznał ww. zarzut we wniesionym przez Odwołującego odwołaniu z dnia 18.02.2024 r., a zatem winien podjąć czynności związane z wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny we wszystkich pozycjach budzących wątpliwości. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień jedynie w zakresie poz. 9 i 126. Nie jest natomiast wiadome, dlaczego Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnienia również w zakresie poz. budzących wątpliwości, na które wskazywał w swoim poprzednim odwołaniu Odwołujący – poz. 20, 90 i 125. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko wątpliwa wysokość ceny całkowitej oferty lub kosztu jest powodem do rozpoczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej związanej z podejrzeniem rażąco niskiej ceny, ale także wątpliwość co do prawidłowego wycenienia istotnych części składowych oferty. Zgodnie z przedstawionym zestawieniem ww. pozycje stanowiąc element istotny w całkowitej cenie oferty. Punktem odniesienia jest przede wszystkim przedmiot zamówienia, zwłaszcza gdy u Zamawiającego powstaną wątpliwości co do możliwości wykonania danego przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W ocenie Odwołującego taka sytuacja ma właśnie miejsce w niniejszym postępowaniu. Oferta łączna tego Wykonawcy jest o 464.793,62 zł. niższa od kwoty jaką Zamawiający wskazał, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz o 454.263,40 zł. od ceny oferty najdroższej przed dokonaniem przez Zamawiającego poprawy omyłek rachunkowych w ofercie. Po poprawieniu omyłek rachunkowych w ofercie cena łączna brutto wyniosła: 1.367.197,80 zł. i jest niższa o 445.587,20 zł. od ceny oferty najdroższej i o 456.117,42 zł. od kwoty jaką Zamawiający wskazał, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Analiza ww. cen powinna doprowadzić Zamawiającego do wniosku, iż występuje wątpliwość co do możliwości wykonania w sposób prawidłowy przez Wykonawcę zamówienia w zaoferowanych cenach. Należy wskazać, iż Odwołujący do tej pory realizował umowę na rzecz Zamawiającego. Zatem jego wycena i kalkulacja oparta była na doświadczeniu w realizacji tego zamówienia z uwzględnieniem specyfiki obiektów, godzin dostaw, częstotliwości, co przełożyło się na obniżenie cen przez Odwołującego w stosunku do cen wyjściowych obowiązujących na rynku. Przystępujący nie realizował na rzecz Zamawiającego umowy.

Odnosząc się do złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez Przystępującego i zarzutu dot. zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, Odwołujący zwrócił uwagę na następujące elementy:

- 1) Argument, że doświadczenie tego Wykonawcy jest elementem kluczowym wpływającym na możliwość obniżenia cen. Odwołujący wskazał, iż jest to wyjaśnienie całkowicie nieprzekonywujące, gołosłowne i nie potwierdzone żadnymi dowodami. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, iż: „*Dodatkowo, Wykonawca równoległe do Postępowania realizuje kilka innych zamówień, o podobnym lub takim samym przedmiocie zamówienia, co pozwala na zoptymalizowanie kosztów prowadzenia poszczególnych zamówień*”. Z treści przedłożonego wykazu dostaw wynika, iż Wykonawca realizował dwa zamówienia, z których zaledwie jedno było porównywalne do postawionego przez Zamawiającego warunku (pow. 300 tys. złotych). Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, tego, jak twierdzi tego „*kluczowego elementu*”. Realizacja kilku zamówień w żaden sposób nie może być uznana za nabycie „*kluczowego*”, jak twierdzi Wykonawca doświadczenia. Ponadto Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby, ile posiada zawartych umów oraz o jakim wolumenie wartości. Nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że jego doświadczenie pozwala obniżyć ceny w tym konkretnym zamówieniu. Odwołujący podnosi, iż Wykonawca nie ma zatem doświadczenia, na które mógłby się powołać uzasadniając obniżenie cen. W takiej sytuacji Zamawiający powinien dokonać odmiennej oceny złożonych wyjaśnień. W ślad na orzecznictwem KIO należy wskazać, iż oczywiście jest również tak, iż pewne czynniki, jak np. doświadczenie wykonawcy czy posiadanie wykwalifikowanej kadry, mogą być niemierzalne i wówczas nie będzie możliwe wykazanie konkretnego wpływu na zaoferowaną cenę.

Niemniej jednak, za zasadne należałoby uznać, aby w sytuacji, gdy nie można odnieść się do mierzalnego efektu, wykonawca przedstawił pogłębioną argumentację, wskazującą na to, że faktycznie w przypadku tego wykonawcy, czynniki te odgrywają znaczącą rolę w kształtowaniu ceny. Natomiast już inne okoliczności jak, np. posiadanie własnego sprzętu, możliwość korzystania z upustów, czy rabatów, można już przełożyć na konkretne oszczędności i wykazać w jakim zakresie mają one wpływ na kalkulację ceny oferty.

- 2) Argument posiadania własnego magazynu. Wykonawca wskazał: „*Wykonawca dysponuje także hurtownią w Grójcu, w której przechowuje warzywa i owoce. Nie ponosi więc kosztów związanych z magazynowaniem surowca*”. Wykonawca zapomniał jednak dodać, że ponosi koszty związane z utrzymaniem w/w magazynu, których w ogóle nie podał (takie jak: podatek od nieruchomości, koszty energii elektrycznej, wody, kanalizacji, wywozu odpadów). Wykonawca ponadto ponosi koszty związane z dostawami towarów (pokonanie trasy i odległości z Grójca do miejsc położenia placówek na terenie Warszawy). Miejsce położenia magazynu nie stanowi atutu wykonawcy, ponieważ raczej zwiększa, niż obniża koszty związane z realizacją zamówienia.
- 3) Argument, iż kalkulacja zawiera wszystkie koszty, w tym w szczególności: koszty bezpośrednie, koszty pośrednie, wszelkie inne wymagane przepisami obciążenia, budżet ryzyka, koszty administracyjne, zysk Wykonawcy. Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wykazał i nie udowodnił w jakiej wysokości ponosi w/w koszty. Nie załączył na to żadnych dowodów, czy choćby kalkulacji, na podstawie której można byłoby dokonać weryfikacji przyjętych założeń. W wyjaśnieniach dot. kalkulacji ceny dla poz. nr 9 wskazał natomiast, że: „*Koszty transportu, w tym koszty pracownicze, paliwa i amortyzacji stanowią ok. 6% zaoferowanej ceny brutto. Koszty dystrybucji, w tym koszty pracownicze, stanowią ok. 4% zaoferowanej ceny brutto. Pozostałe koszty, w tym koszty ogólne związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, koszty ryzyk i wszelkie inne koszty Wykonawca szacuje na ok. 3% zaoferowanej ceny brutto*.” Jak wynika z tych wyjaśnień Wykonawca nie ujmuje szeregu zasadniczych kosztów: w szczególności kosztów produkcji, napraw samochodów, kosztów pośrednich związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (utrzymania obiektu: podatki od nieruchomości, energii elektrycznej, wody, kanalizacji, czy wywóz nieczystości). Przedstawione przez Wykonawcę założenia to same ogólniki, bez konkretów, które można byłoby zweryfikować. Są to zatem wyjaśnienia całkowicie bezwartościowe. Ponadto Wykonawca wskazał: „*Wykonawca posiada także swój samochód dostawczy, którym dowozi produkty do miejsc dostawy*”. Z wyjaśnień tych wynika, iż Wykonawca nie ma świadomości, iż jednym samochodem nie będzie w stanie zapewnić prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu wskazał, iż Wykonawca ma dysponować co najmniej 5 środkami transportu.
- 4) Argument posiadania własnego gospodarstwa rolnego, co pozwala na zmniejszenie kosztów. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, iż: „*Wykonawca posiada własne gospodarstwo rolne, które wytwarza własne warzywa i owoce. Prowadzone gospodarstwo rolne jest też gospodarstwem rodzinnym, co pozwala na zmniejszenie kosztów wytworzenia warzyw i owoców*”. Wykonawca nie załączył jednak żadnych dowodów, z których wynikałoby, w odniesieniu do których produktów Wykonawca jest producentem, a więc w stosunku do których produktów istnieje możliwość obniżenia ceny i jak ta cena kształtuje się w porównaniu do rynku hurtowego producentów na giełdzie Bronisze, co umożliwiłoby weryfikację i sprawdzenie czy twierdzenia Wykonawcy są prawdziwe. W takiej sytuacji mamy do czynienia wyłącznie z ogólnikowym, nic nie wnoszącym wyjaśnieniem. Poza tym Wykonawca wskazał: „*Wykonawca prowadzi gospodarstwo rodzinne. Oznacza to, że sam Wykonawca, jak i członkowie jego najbliższej rodziny, mogą bezpośrednio zaangażować się w wykonanie zamówienia i wykonywanie dostaw, co pozwala na znaczne obniżenie zaoferowanej ceny w związku z niewielkimi kosztami pracowniczymi rozkładającymi się na całą prowadzoną przez Wykonawcę działalność gospodarczą*”. Z informacji tych w zasadzie nic nie wynika, nie wiadomo bowiem ile osób jest zaangażowanych do pracy w gospodarstwie Wykonawcy, w jakiej wysokości są ponoszone koszty pracownicze i jak przekłada się to na kalkulację ceny.
- 5) Argument posiada sieci kontaktów handlowych. Wykonawca wskazał, iż: „*Wykonawca ma sieć kontaktów handlowych w branży producentów warzyw i owoców, która przy uwzględnieniu wieloletniej, stałej współpracy z poszczególnymi producentami i dostawcami, umożliwiła zaoferowanie cen na poziomie konkurencyjnym*”. Wykonawca tak samo, jak w przypadku argumentu nr 4 nie przedstawił żadnych dowodów na jak sam określa „*jeden z kluczowych elementów*” mających wpływ na obniżenie ceny. W takiej sytuacji mamy do czynienia wyłącznie z ogólnikowym, nic nie wnoszącym wyjaśnieniem. Jako przykład nierzetelnego wyjaśnienia Odwołujący wskazuje wyjaśnienia do poz. nr 9. Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, iż na dowód ponoszonych kosztów przedstawia FV zakupu borówek za kwotę 10,00 zł. Jeśli w/w kwoty odniesiemy do daty wystawienia FV – 25.02.2024 r. i notowań tego produktu na giełdzie hurtowej Bronisze (w okolicach tej daty), to wynika, iż cena tego produktu waha się pomiędzy 40,00 zł. a 70,00 zł., a średnia cena to 55 zł. Powyższe wskazuje zatem, iż wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie są nierzetelne.

Odwołujący podniósł, iż ceny zaproponowane przez Przystępującego są nierynkowe, jeżeli przyjąć wszystkie koszty, na które składają się m.in. koszty: produkcji / zakupu towarów, magazynowania, składowania, konfekcjonowania

oraz dostaw do placówek. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień. Wyjaśnienia są niewystarczające, ogólnikowe, nie odnoszą się w konkretach do poszczególnych elementów składowych. Z treści wyjaśnień w zasadzie nie można wywnioskować jakie założenia, czy metodologię wyceny przyjął Wykonawca. Z tych względów oferta Wykonawcy winna być odrzucona.

Odwołujący podniósł jako zarzut ewentualny zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się do Wykonawcy o udzielenie dalszych wyjaśnień. Odwołujący zauważył, iż Zamawiający podnieść może argument, iż nie był zobowiązany do wszczęcia procedury z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, a więc wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, bowiem średnia arytmetyczna oraz porównanie do szacunku Zamawiającego nie przekroczyły progu 30%. Niemniej jednak Odwołujący wskazuje, iż nie zwalnia to Zamawiającego z dokonania analizy i wyjaśnienia zaoferowanych cen jednostkowych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem powziąć wątpliwość z różnych przyczyn, takich jak np. duża rozbieżność pomiędzy cenami jednostkowymi w poszczególnych ofertach, czy ich kalkulacja poniżej cen oszacowanych przez Zamawiającego, czy poniżej cen rynkowych. Odwołujący w tabeli powyżej zaprezentował różnice w stosunku do cen rynkowych trzech jego zdaniem poz. kluczowych, w stosunku do których Zamawiający nie podjął żądania wyjaśnień. Ustawa Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Istotne są te elementy ceny, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie podstawowych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Taka sytuacja występuje w niniejszej sprawie – wskazane 3 pozycje mogłyby przesądzić o zmianie wyniku postępowania, jeśli zostałyby wycenione w sposób rzetelny. Odwołujący wskazał, iż ceny jednostkowe Wykonawcy, które są rażąco niskie stanowią element istotny w całej cenie oferty, co przedstawia dane powyżej. Oczywiście dla ustalenia istotności cen ma znaczenie w jaki sposób Wykonawca kalkuluje poszczególne ceny i jak je zaniża. Może bowiem okazać się, że gdyby były one skalkulowane prawidłowo, to procent ich udziału w całym zamówieniu byłby wyższy, a zatem w większym stopniu potwierdziłoby się to, że stanowią one element istotny w całym zamówieniu. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie powinien przechodzić obojętnie w postępowaniu wobec takich sytuacji, jak zniżenie poszczególnych cen jednostkowych, w szczególności, iż czynniki zewnętrzne i ryzyka, które należy skalkulować są znaczne: inflacja, wzrost płacy minimalnej, niepewne ceny energii i surowców, tocząca się wojna na Ukrainie. To wszystko powoduje, iż Zamawiający powinien korzystać z mechanizmów, jakie daje mu ustawa i zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień, a nie martwić się później w toku realizacji umowy jej ewentualnym niewykonaniem. Zdaniem Odwołującego należy ponadto uwzględnić fakt, iż Wykonawca w niniejszym postępowaniu za poszczególne dostawy będzie rozliczać się wg cen jednostkowych. Zatem poszczególne ceny jednostkowe dla potrzeb realizacji zamówienia będą miały znaczenie i bezpośredni wpływ na wysokość należnego finalnie wynagrodzenia Wykonawcy. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na orzecznictwo dotyczące wyjaśnień wykonawcy, które powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. Powołując się na orzeczenia Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień, które szczegółowo przedstawiają sposób kalkulacji ceny; nie chodzi o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny; przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami; wykonawca powinien wykazać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona; wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić, dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty, co wystarczy dla owego "wykazania", to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności. O tym, czy dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę; jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż ceny jednostkowe zaproponowane przez Wykonawcę muszą zawierać wszelkie koszty związane z wykonaniem usługi, co oznacza, że ceny poszczególnych usług nie mogą być kilkukrotnie zaniżone. Niedopuszczalne jest pokrywanie kosztów świadczenia jednego rodzaju usługi z wynagrodzenia wyodrębnionego i określonego jako cena za inny rodzaj usługi. Obowiązek badania wysokości ceny dotyczy również poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy, a dotyczy to w szczególności wynagrodzenia zależnego od ilości rzeczywiście wykonanych czynności. Tym samym Zamawiający powinien dokonać rzetelnej analizy różnic poszczególnych cen jednostkowych i przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.

Zaoferowanie cen jednostkowych poniżej ich kosztów oznacza, że oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy mają przekonać Zamawiającego, że ten konkretny wykonawca może zrealizować zamówienie za daną cenę. Wyjaśnienia nie mogą być składane jedynie dla formalności, lecz to właśnie, w szczególności w oparciu o ich treść dokonywana jest ocena czy istnieją przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Inaczej mówiąc - wyjaśnienia stanowią podstawę działań zamawiającego, ich instytucja została powołana po to aby przeciwdziałać automatycznemu i arbitralnemu odrzuceniu oferty.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż złożone wyjaśnienia powinny były wykazać brak domniemanego rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnoszące się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać kalkulację kosztów z uwzględnieniem ponoszonego ryzyka i godziwego zysku oraz wskazaniem konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Czynniki obniżające koszty powinny mieć charakter obiektywny i nie być wspólne dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, którzy zaoferowali ceny bardziej zbliżone do poziomu rynkowego. Nie wystarczające przy tym jest jedynie ogólne stwierdzenie, iż dany czynnik obniża koszty, ale konieczne jest, co najmniej, wskazanie w jakim stopniu lub o jaką wartość zostają zmniejszone obiektywne koszty wykonawcy, i jakie przełożenie znajduje to na zaoferowaną w postępowaniu cenę. Nie jest wystarczające złożenie wyjaśnień wymieniających jedynie wysokość ponoszonych kosztów, bez udowodnienia prawidłowości ich ujęcia stosownymi, dołączonymi do wyjaśnień dowodami. Ponadto, Wykonawca wskazując elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, oprócz ich wymienienia, musi wskazać również, w jakim stopniu specyficzne dotyczące go okoliczności wpłynęły na obniżenie ceny oferty, aż do poziomu wskazanego w ofercie. Zamawiający powinien dokonać rzetelnej analizy przedstawionych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzut nr 4 odwołania dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał na postanowienia Rozdziału XIV ust. 2 pkt 2 SWZ Rozdziału XIV ust. 3 pkt 1 lit. a SWZZ treści złożonych przez Przystępującego dokumentów wynika, iż Wykonawca na potwierdzenie spełnienia w/w warunku przedstawił decyzję z dnia 21.09.2022 r. zatwierdzającą obiekt do prowadzenia działalności w zakresie hurtowej oraz detalicznej sprzedaży warzyw i owoców. W uzasadnieniu decyzji kontrolujący wskazali jednak, iż dostawy świeżych warzyw i owoców pochodzą z innych hurtowni, a duża części z własnej produkcji rolnej. W takiej sytuacji, gdy Wykonawca składający ofertę jest producentem, to Zamawiający wymagał, aby decyzja w sprawie zatwierdzenia zakładu podlegającego urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej obejmowała zakres dot. produkcji (jeśli Wykonawca jest producentem). Przedstawiona przez Wykonawcę decyzja nie obejmuje w/w elementu, bowiem odnosi się wyłącznie do sprzedaży. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający uznał ww. zarzut we wniesionym przez Odwołującego odwołaniu z dnia 18.02.2024 r., a zatem winien podjąć czynności związane z wezwaniem Wykonawcy do uzupełnienia i złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych. Jeśli podjęte przez Zamawiającego czynności są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, to wykonawca składający odwołanie ma prawo zaskarżyć te czynności do KIO. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, nie jest wystarczające jedynie wskazanie, że zamawiający postąpił sprzecznie z uznanym uprzednio zarzutem. Wykonawca musi bowiem wykazać, iż działanie zamawiającego jest sprzeczne z ustawą Pzp, a zatem, że narusza obowiązujące przepisy. Konieczne jest zatem wykazanie zasadności żądań odwołania, a nie jedynie postąpienia sprzecznie z uznanymi zarzutami. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający podniesiony zarzut wyjaśnił w protokole z posiedzenia komisji z dnia 18.03.2024 r. wskazując, iż zatwierdzona działalność Przystępującego polega na sprzedaży środków spożywczych pochodzących z innych hurtowni, jak również w dużej części z własnej produkcji rolnej. Zamawiający stwierdził, iż mając na uwadze, iż jedynym aspektem, który mógłby budzić wątpliwości jest poz. 126, a Wykonawca zleca innym hurtowniom tę pozycję, to Zamawiający uznał, iż przedłożone przez Wykonawcę dokumenty są prawidłowe.

Odwołujący nie zgodził się z tym stanowiskiem. Podniósł, iż Zamawiający formułując wymagania w zakresie podmiotowych środków dowodowych wskazał jednoznacznie na obowiązek przedstawienia decyzji (bez wskazywania poz. formularza asortymentowo cenowego). Z treści uzasadnienia decyzji oraz złożonych przez Wykonawcę M.S. wyjaśnień (m.in. rażąco niskiej ceny) wynika, że jest on producentem m.in. ziemniaków. Zatem skoro część produktów pochodzi z jego gospodarstwa rolnego, to wymóg przedstawienia dokumentu w zakresie produkcji jest jednoznaczny. Odwołujący wskazał, iż odstąpienie przez Zamawiającego od literalnej treści postanowień SWZ na etapie oceny ofert stanowi naruszenie podstawowej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Okazuje się bowiem, iż pomimo tego, że Zamawiający sformułował w sposób jednoznaczny wymóg w zakresie przedstawienia dokumentów przez producentów, to na etapie oceny już tego wymogu się nie trzyma i zawęża go wskazując, iż miał na myśli zaledwie jedną poz. – 126 formularza. Taka wykładania jest niedopuszczalna. Odwołujący dla porównania i przedstawienia różnicy w zakresie treści wydanej decyzji (jeśli odnosi się ona do producentów) w załączeniu przedstawia decyzję wydaną dla magazynu Odwołującego z której jednoznacznie wynika, iż organ inspekcji sanitarnej

zatwierdza zakład w zakresie produkcji (w sentencji decyzji). Przystępujący nie przedstawił dokumentów jako gospodarstwo rolne, lecz jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą, który ma obowiązek stosować się do obowiązujących przepisów, w tym powołanych przez Zamawiającego przepisów ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Skoro jest producentem żywności (a na pewno ziemniaków – co wynika ze złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny), to winien mieć zatwierdzony zakład do produkcji. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dopełnił ciążącego na nim obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia prawidłowych dokumentów. Wyjaśnienie zawarte w protokole komisji przetargowej należy w tej sytuacji uznać za niewystarczające.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 5) Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu Pzp, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad Pzp oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zamawiający poprzez wybór ofert w/w Wykonawców bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co bezpośrednio przekłada się na postanowienia wzoru umowy - naruszył podstawowe zasady Pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców.

Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione zarzuty powyżej Odwołujący wskazał, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw Odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

W piśmie uzupełniającym odwołanie, uzasadniając zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał na nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia:

Poz. 5 ananas świeży - kl I Masa 1 szt: 1500 - 2000g. Zamawiający wymagał podania ceny za 1 szt. Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 1500 czy za 2000g.

Poz. nr 17 grejfrut odmiana czerwona średnica surowca 13-15 cm, masa 1 szt. 350-550g. Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 350 czy 550 g

Poz. 25 limonka – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 31 mango. Masa 1szt owocu 300 - 400g Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 300 czy 400 g

Poz. 38 porzeczka czerwona (1 op. - 0,4-0,6 kg). Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 400 czy za 500 czy za 600 g

Poz. 46 awokado odmiana Hass klasa I, masa 1 szt. 180 -220 g. Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 180 czy za 200 czy za 220 g

Poz. 52 brokuły (masa główki 500 - 800 g), - kl. I. Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 500 czy za 800 g

Poz. 67 jarmuż myty (opakowanie 0,1-0,3 kg). Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 100 czy za 300 g

Poz. 68 kalafior masa główki 500 - 800 g), - kl. I. Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 500 czy za 800 g

Poz. 73 kapusta kiszona (opakowanie max.1,5 kg. Nie jest wiadomo jakie ma być opakowanie minimalne, czy może być np. 100 g

Poz. 82 kolendra świeża (w doniczce) – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 83 koper (w pęczkach o masie 15-20 g, bez łodyg), kl. I Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 15 czy za 20 g

Poz. 86 mięta świeża (w doniczce); wyprodukowana bez użycia pestycydów – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 88 natka pietruszki (pęczek bez łodyg – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 108 por sałatkowy, świeży, gat. I – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 109 rabarbar (pęczek max. 1 kg) Nie jest wiadomo jakie ma być opakowanie minimalne, czy może być np. 100 g

Poz. 111 rzodkiewka pęczek (1pęczek=ok.0,12-0,17 kg). Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 120g czy za 170 g

Poz. 112 sałata karbowana zielona/czerwona – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 113 sałata lodowa (klasa I) – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 114 sałata masłowa (klasa I) – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 115 sałata roszponka (0,1-0,3 kg) Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest

to cena za 100g czy za 300 g

Poz. 116 sałata rukola 0,1-0,3 kg) Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 100g czy za 300 g

Poz. 117 sałata rzymska – brak określenia jakichkolwiek wymagań

Poz. 121 szczypior świeży, zielony, gat. I, duże pęczki – brak określenia jakichkolwiek wymagań co do gramatury pęczków.

Poz. 124 włoszczyzna pęczek (korzenie marchwi, pietruszki, selera oraz liście pora) op. 0,4-0,5 kg Nie jest wiadome jaką cenę przedstawili poszczególni Wykonawcy, tzn. czy jest to cena za 400g czy za 500 g.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wskazania, jaką dokładnie gramaturę mają przyjąć Wykonawcy do wyliczenia ceny oferty naruszył przepisy art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ponosi odpowiedzialność za prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, element ten należy do etapu przygotowawczego postępowania i nie ma możliwości modyfikowania go po otwarciu ofert. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO. Podniósł, iż biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niezgodności dwóch pozycji z gramaturą określoną przez Zamawiającego, to Zamawiający powinien mieć jednoznaczną wiedzę, jakie produkty zostały wycenione przez Wykonawców. Odwołujący wskazał, iż został podniesiony zarzut rażąco niskiej ceny, a zatem będzie miało istotne znaczenie czy Wykonawcy wyceniali opisane wyżej pozycje w najniższych gramaturach, czy w najwyższych. Brak tej wiedzy powoduje, iż zamawiający nie jest w stanie porównać złożonych ofert. W dalszej części pisma powołano się na orzecznictwo dotyczące art 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W tym samym dniu pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Marcina Seligę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe M.S. w Przybyszewie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a wnosząc środek ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a także do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego (w tym w szczególności dokumenty zamówienia, oferty wykonawców, wyjaśnienia złożone przez wykonawców w zakresie rażąco niskiej ceny, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej), a ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. z notowań produktów na giełdzie Bronisze, na okoliczności wskazane w odwołaniu w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego (zarzut nr 2 i 3).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy zboża, ziemniaków, warzyw, owoców i orzechów dla szkół i placówek oświatowych prowadzących zbiorowe żywienie dzieci w Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy, odpowiadających jakościowo szczegółowym normom handlowym (branżowym) i ogólnej normie handlowej określonych w obowiązujących przepisach prawa. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w formularzu cenowym oraz w „Wymaganiach jakościowych surowców będących przedmiotem zamówienia”, który stanowi załącznik nr 3 do SWZ.

W Rozdziale IX pkt 2 SWZ wskazano, iż Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy oraz określa następujące warunki zmiany: 1) zmiany gramatur poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia lub zmiana dostarczanego produktu na inny – w przypadku wycofania z obrotu na rynku lub zaprzestania produkcji, pod warunkiem

zapropowania produktu równoważnego, z zastrzeżeniem niezmienności cen jednostkowych (w przypadku zwiększenia gramatur/opakowań) lub ich stosunkowemu obniżeniu (w przypadku zmniejszenia gramatur/opakowań).

W Rozdziale XIV SWZ zawarto opis warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wskazano: „Warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada zgłoszoną działalność gospodarczą w zakresie produkcji, składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi, zgodnie z ustawą z dnia 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych.” W tym zakresie Zamawiający wymagał podmiotowego środka dowodowego w postaci: „aktualna decyzja lub zaświadczenie właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w sprawie wpisu do rejestru zakładów lub w sprawie zatwierdzenia zakładu podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie produkcji (jeśli Wykonawca jest producentem) składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi lub w zakresie składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi (jeśli Wykonawca nie jest producentem).

W formularzu cenowym (załącznik nr 3 do SWZ) zawarto opis zamawianych artykułów spożywczych, w tym m.in. wskazano:

poz. 26 malina (wymagana dostawa odmian krajowych, uprawianych w Polsce) porcjowane w opakowania 250 g. Sezon od VII (lipca) do IX (września),

poz. 27 malina (wymagana dostawa odmian krajowych, uprawianych w Polsce) porcjowane w opakowania 250 g. Sezon od X (października) do VI (czerwca),

poz. 28 malina (wymagana dostawa odmian krajowych, uprawianych w Polsce) porcjowane w opakowania 500 g. Sezon od VII (lipca) do IX (września),

poz. 29 malina (wymagana dostawa odmian krajowych, uprawianych w Polsce) porcjowane w opakowania 500 g. Sezon od X (października) do VI (czerwca).

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 11 do SWZ) „Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 455 ustawy PZP oraz w przypadku: 1) zmiany gramatur poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia lub zmiana dostarczanego produktu na inny - w przypadku wycofania z obrotu na rynku lub zaprzestania produkcji pod warunkiem zaproponowania produktu równoważnego, z zastrzeżeniem niezmienności cen jednostkowych (w przypadku zwiększenia gramatur/opakowań) lub ich stosunkowemu obniżeniu (w przypadku zmniejszenia gramatur/opakowań)”.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty – Odwołującego z ceną 1 468 646,60 zł, Przystępującego z ceną 1 358 521,60 zł oraz oferta trzeciego wykonawcy z ceną 1 812 785,00 zł.

Izba ustaliła, iż Odwołujący w formularzu cenowym wskazał m.in.: w poz. 26 maliny POLKA, POLANA, PORANN ROSA 250g, cena 8 zł netto za opakowanie, w poz. 27 maliny POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g, cena 8 zł netto za opakowanie, w poz. 28 maliny POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g, cena 11 zł netto za opakowanie, w poz. 29 maliny POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g, cena 8 zł netto za opakowanie.

Izba ustaliła ponadto, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 25 stycznia 2024 r. Przystępujący złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowi kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej potwierdzające dokonanie wpisu hurtowni owoców i warzyw Przystępującego w zakresie hurtowej oraz detalicznej sprzedaży owoców i warzyw oraz środków spożywczych w opakowaniach jednostkowych nie wymagających warunków chłodniczych do Rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej prowadzonego przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Grójcu pod numerem HŻN.4835.2022.

Pismem z dnia 8 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. W związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego w dniu 18 lutego 2024 r., Zamawiający unieważnił ww. czynność.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2024 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia w zakresie aktualności na dzień składania ofert dokumentu Decyzji HŻN.4836.20222 z dnia 21.09.2022 r. Zamawiający wskazał, iż podczas badania oferty stwierdził brak wyżej wskazanego dokumentu, które powinny być złożone zgodnie z Rozdziałem XVII część B ust. 2 pkt 2 SWZ na potwierdzenie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokument Decyzji HŻN.4836.20222, został wystawiony dnia 21.09.2022 r., co oznacza, że został wystawiony w późniejszym okresie niż 12

miesiący przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli dokument został wystawiony w okresie późniejszym niż wskazany powyżej, Wykonawca zobowiązany jest załączyć do dokumentu oświadczenie, że informacje zawarte w dokumencie są aktualne i nie uległy zmianie na dzień upływu terminu składania ofert. Przystępujący w odpowiedzi złożył oświadczenie, że informacje zawarte w dokumencie (tj. Decyzji HŻN.2836.20222 z dnia 21.09.2022 r.) są aktualne i nie uległy zmianie na dzień upływu terminu składania ofert, zgodnie z wzorem oświadczenia stanowiącym załącznik nr 8 SWZ, stosownie do brzmienia punktu XVII.B.2.2) SWZ.

Dalej Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2024 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał: „W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Wykonawca w złożonym formularzu cenowym, w pozycjach: 1) nr 26 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: POLKA, POLANA, PORANN ROSA 250 g; 2) nr 27 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250 g; 3) nr 28 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250 g; 4) nr 29 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmian oferowanego produktu” zaoferował: POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250 g; 5) Nr 67 w kolumnie 10 „Odmian podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: WINTERBOR, REDBOR 100 g; 6) nr 73 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: Kamienna Głowa op. 100 g; 7) nr 109 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: HOSERA, WISNIOWY Pęcz. 100 g; 8) nr 115 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: ROSZPONKA, MIORTO 100 G; 9) nr 116 w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” zaoferował: RUKOLA, MIORTO 100 G. Zamawiający w Formularzu cenowym, w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu” wymagał od Wykonawców podania odmiany oferowanego produktu. W złożonym przez Pana Formularzu cenowym w pozycjach: 26, 27, 28, 29, 67, 73, 109, 115, 116 wskazał Pan zapisy „100g” oraz „250g”. Zgodnie z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnień treści złożonej oferty, w zakresie: jaki był cel zapisów wskazania wartości: „100g” oraz „250g” w pozycjach nr 26, 27, 28, 29, 67, 73, 109, 115, 116 formularza cenowego w kolumnie 10 „Odmiana, podać nazwę odmiany oferowanego produktu”?”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący wyjaśnił, iż w kolumnie 10, gdzie Zamawiający wymagał wskazania/podania nazwy odmiany zaoferowanego produktu, Wykonawca dodatkowo zamieścił informację o występujących standardowo u Wykonawcy gramaturach tych produktów z uwagi na to, że nie są one dostarczane luzem tylko w opakowaniach. Ww. informacja została zamieszczona dodatkowo dla potrzeb usprawnienia składania przez Zamawiającego zamówień. Wykonawca potwierdza, iż zaoferował Zamawiającemu przedmiot zamówienia odpowiadający opisanym w SWZ i kalkulacji cenowej wymaganiom oraz odpowiadających jakościowo szczegółowym normom handlowym (branżowym) i ogólnej normie handlowej określonych w obowiązujących przepisach prawa.

Zamawiający ponadto pismem z dnia 5 marca wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał w szczególności: „W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Części XXIV ust. 3 SWZ wskazał, że „podane ceny powinny uwzględniać wszystkie koszty ponoszone przez Wykonawcę w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, w tym koszt transportu i wyładunku produktów”. Mając na uwadze powyższe, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli wycenić dostawę każdego produktu, składającą się na przedmiot zamówienia w poszczególnych pozycjach formularza cenowego przygotowanego przez Zamawiającego, według opisu tych pozycji a ponadto, każda z wycenionych pozycji miała uwzględniać wszelkie koszty wykonania dostawy. Tym samym, Zamawiający dokonał analizy Pana oferty, która przedstawia się następująco (w tym miejscu przedstawiono tabelę dot. poz. 9 i 126 formularza cenowego). Po dokonaniu analizy Pana oferty w ocenie Zamawiającego istotne części składowe oferty tj. poz. nr 9, 126 formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia jak również wynikającymi przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.). Zamawiający analizując zaoferowaną przez Pana ofertę cenową zwrócił szczególną uwagę na poszczególne ceny jednostkowe, które dalece

odbiegają nie tylko od cen szacunkowych Zamawiającego, ale również od średniej ceny minimalnej cedyły Warszawskiego Rolno – Spożywczego Rynku Hurtowego S.A. Bronisze. Wobec powyższego Zamawiający wzywa Pana w ww. terminie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie zaoferowania wyspecyfikowanych przez Zamawiającego powyżej, cen jednostkowych brutto, w szczególności w zakresie: zgodności produktów z wymaganiami jakościowymi surowców będących przedmiotem zamówienia określonymi w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ; uwzględnienia w cenach jednostkowych wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia; zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. W treści wyjaśnień oraz za pomocą stosownych dowodów zobowiązany jest Pan dodatkowo udowodnić, że zaoferowane ceny jednostkowe brutto uwzględniają wymagania opisane w Części XXIV ust. 3 SWZ wszelkie koszty wykonania dostawy, w tym między innymi koszty transportu, a także innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy (w szczególności magazynowanie, selekcje surowców a także wyładunek w miejscu dostawy).”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zostały częściowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (w tym w zakresie spornej poz. 126).

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ, będącego opisem przedmiotu zamówienia w kolumnie nr 2 „Artykuł”, Zamawiający określił wymagania dotyczące gramatury produktu w pozycji: 1) nr 28: „malina porcjowane w opakowania 500 g. Sezon od VII (lipca) do IX (września)”, wymagana gramatura opakowań wynosiła 500 g. Wykonawca w załączonej ofercie w pozycji nr 28 zaproponował produkt producenta POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g. Produkt ten jest niezgodny z warunkami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. 2) nr 29: „malina porcjowane w opakowania 500 g. Sezon od X (października) do VI (czerwca)”, wymagana gramatura opakowań wynosiła 500 g. Wykonawca w załączonej ofercie w pozycji nr 29 zaproponował produkt producenta POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g. Produkt ten jest niezgodny z warunkami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż „co do zasady nie żądał podania przez Wykonawcę gramatury oferowanych opakowań - Wykonawca dobrowolnie ją wskazał, wyjaśniając, że informacja o gramaturze „została zamieszczona dodatkowo dla potrzeb usprawnienia składania przez Zamawiającego zamówień”. Skoro Zamawiający wymagał zaoferowania produktów w opakowaniach po 500 g to Zamawiający po pierwsze, nie może od Wykonawcy żądać dostarczenia produktów w innej niż określona w OPZ gramaturze i na etapie realizacji zamówienia opakowania o innej gramaturze nie może od Wykonawcy przyjąć. Wykonawca udzielając wyjaśnień wskazał dodatkowo, że „zamieścił informację o występujących standardowo u Wykonawcy gramaturach tych produktów” - jednakże, Zamawiający mając wiedzę, jakie gramatury są przez Wykonawcę oferowane uznaje, że oferta złożona przez Wykonawcę w poz. 28 i 29 jest niezgodna z OPZ. Zamawiający jednoznacznie określił w SWZ wymagania dotyczące gramatur poszczególnych produktów. Na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości zmiany parametrów dotyczących przedmiotu zamówienia. Wszelkie pytania bądź wątpliwości Wykonawcy winni kierować do Zamawiającego w trybie art. 135 ust. 1 ustawy Pzp. Zaoferowanie innych niżeli wymagane w OPZ produktów stanowi niezgodność oferty z warunkami zamówienia co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do odrzucenia ofert tych Wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia” (na potwierdzenie powyższego przywołano orzecznictwo).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 1).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp 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. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom.

Izba stwierdziła, iż z opisu przedmiotu zamówienia (formularz cenowy – załącznik nr 3 do SWZ) w sposób jednoznaczny wynikała wymagana gramatura opakowań malin – pozycje 26 i 27 odnosiły się do opakowań 250g, zaś poz. 28 i 29 do opakowań 500g. Odwołujący w złożonym wraz z ofertą formularzu cenowym wskazał zaś, iż oferuje w poz. 26-29 maliny POLKA, POLANA, PORANNA ROSA 250g. Tym samym oferta ta była w sposób ewidentny niezgodna z wymaganiem zawartym w poz. 28 i 29 formularza cenowego – Odwołujący zaoferował maliny w opakowaniu o wadze 250g, a nie o wymaganej wadze 500 g. Zamawiający prawidłowo zatem odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Odwołujący dobrowolnie (z własnej inicjatywy) podał gramaturę opakowań w kolumnie 10 „Odmiana” formularza cenowego. Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, ubiegając się o udzielenie zamówienia, powinien dochować należytej staranności sporządzając ofertę. Skoro zdecydował się podać w niej określone informacje, to nie może obecnie traktować ich jako niebyste czy niemające znaczenia. Zwrócić należy dodatkowo w tym miejscu uwagę, iż zaoferowane przez Odwołującego ceny opakowania malin w poz. 26 i 27 (wymagane 250g) oraz w poz. 29 (wymagane 500g), mimo innej wymaganej gramatury nie różnią się (8 zł netto). Powyższe potwierdza, że mamy tu do czynienia z błędem merytorycznym oferty – tj. zaoferowaniem innego produktu niż wymagany, a nie z omyłką, którą można byłoby rozważać pod kątem ewentualnego poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, iż dla stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie ma znaczenia podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż wartość tych pozycji formularza cenowego to jedynie niewielki ułamek całej oferty. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie różnicuje sankcji wynikającej z niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zależności od stopnia istotności uchybienia. Wyjątkiem jest zaistnienie jednej z sytuacji określonych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z takim przypadkiem. Poprawienie błędu w ofercie Odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty – zmiany zaoferowanego produktu, co jest niedopuszczalne. Za chyby w kontekście zgodności oferty z warunkami zamówienia Izba uznała argument Odwołującego, iż Zamawiający dopuścił możliwość zmian w obszarze gramatur produktów w projektowanych postanowieniach umowy. Izba stwierdziła, iż przewidziana w § 5 ust. 1 pkt 1 projektowanych postanowień umowy (załącznik nr 11 do SWZ) możliwość zmiany gramatur poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia lub zmiana dostarczanego produktu na inny po pierwsze dotyczy wyłącznie etapu realizacji umowy, a po drugie dotyczy wyłącznie sytuacji ekstraordynaryjnych – tj. wycofania z obrotu na rynku lub zaprzestania produkcji (pod warunkiem zaproponowania produktu równoważnego, z zastrzeżeniem niezmienności cen jednostkowych w przypadku zwiększenia gramatur/opakowań lub ich stosunkowemu obniżeniu w przypadku zmniejszenia gramatur/opakowań). Dopuszczalności dokonania takiej wyjątkowej zmiany podczas realizacji umowy nie można równoważyć z możliwością zaoferowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia produktów niezgodnych z warunkami zamówienia i ich następczą zmianą.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia była prawidłowa, a zatem zarzut nr 1 podlegał oddaleniu.

Za nieudowodniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę (zarzut nr 2) oraz zarzut ewentualny – naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień, z uwagi na konieczność rozszerzenia wezwania w zakresie wyjaśnienia poszczególnych pozycji formularza ofertowego, mających znaczący wpływ na cenę oferty oraz z uwagi na to, że złożone dotychczas wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska (zarzut nr 3).

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi zaś, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to

cenę wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (por. m.in. wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3536/23, KIO 3541/23). Jest to zatem cena za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Dokonując oceny wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę należy pamiętać o tym, że zasadniczym celem prowadzenia procedury wyjaśniającej jest ustalenie, czy za daną cenę możliwe jest zrealizowanie zamówienia na oczekiwanym poziomie jakości bez straty po stronie wykonawcy.

Nie ulega ponadto wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy Pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Niemniej okoliczność, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego przez pryzmat argumentacji faktycznej i prawnej przedstawionej w odwołaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił dostatecznych twierdzeń i dowodów, które podważyłyby założenia wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż wezwanie Przystępującego do wyliczenia ceny obejmowało jedynie poz. 9 i 126 formularza cenowego, a zatem wyłącznie w tym zakresie należało dokonać oceny czy wyjaśnienia Przystępującego można uznać za adekwatne do treści wezwania oraz wykazujące realność zaoferowanej ceny i czy oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie jest możliwe bez uprzedniego wezwania do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu lub istotnych części składowych.

Izba stwierdziła, iż w zakresie poz. 126 – ziemniaki obrane w odwołaniu nie przedstawiono żadnej rzeczowej argumentacji, która podważałaby realność zaoferowanej ceny. W tabeli zawartej na stronie 8 odwołania, poza wskazaniem na różnicę pomiędzy ceną poz. 126 w ofercie Odwołującego a ceną tej pozycji w ofercie Przystępującego, nie przedstawiono jakichkolwiek informacji wykazujących, jaki jest faktyczny rynkowy poziom cen tego asortymentu. Poprzestanie zaś na różnicach cenowych pomiędzy ofertą Przystępującego i Odwołującego nie wykazuje ani nie uprawdopodobnia rażącego zaniżenia ceny tej pozycji przez Przystępującego. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby zasadność jego twierdzeń. Odwołujący w treści uzasadnienia zarzutu odniósł się jedynie w sposób ogólny do szeregu informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego, jak doświadczenie wykonawcy, posiadanie własnego magazynu i sprzętu, posiadanie gospodarstwa rolnego i kontaktów handlowych, nie podważył jednak w ogóle ceny poz. 126 jako takiej, a to ta okoliczność była kluczowa. Izba ustaliła, iż Przystępujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące pozycji formularza cenowego, o które został zapytany w wezwaniu, w tym w punkcie IV wyjaśnień przedstawił sposób kalkulacji ceny w poz. 126 – ziemniaki obrane. W części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa opisał swój sposób działania, opisał poszczególne koszty składające się na tę pozycję, jak i przedstawił dowód potwierdzający te koszty. Przystępujący przedstawił wyliczenia i informacje obejmujące łącznie ok. półtorej strony, gdzie zaprezentował konkretny sposób kalkulacji tej pozycji cenowej. Wobec faktu objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Izba ograniczy się w tym miejscu do wskazania, iż nie stwierdziła podstaw do podważenia wiarygodności twierdzeń i dowodów przedstawionych w tym zakresie przez Przystępującego w wyjaśnieniach. Izba uznała wyjaśnienia złożone przez Przystępującego za rzetelne i adekwatne do treści skierowanego do niego wezwania.

Również w odniesieniu do poz. 9 – borówka amerykańska w odwołaniu nie przedstawiono konkretnej argumentacji, która podważałaby realność przyjętej ceny. Co znamienne, w tym przypadku Odwołujący nie powołał się ani na notowania na giełdzie hurtowej Bronisze, ani na własną ofertę, ponieważ w poz. 9 sam zaoferował cenę dużo niższą od Przystępującego. Podważanie w takiej sytuacji rynkowego charakteru ceny poz. 9 w ofercie Przystępującego jawi się jako całkowicie nieuzasadnione. Ponadto Izba stwierdziła, iż zarówno w odniesieniu do poz. 9, jak i co do wyjaśnień Przystępującego w ogólności, argumentacja Odwołującego została oparta na szeregu oczekiwań, co zdaniem Odwołującego powinno zostać ujęte w treści wyjaśnień, podczas gdy na taką konieczność nie wskazywało wezwanie skierowane przez Zamawiającego, które dotyczyło jedynie dwóch pozycji formularza cenowego. Kluczowe było udzielenie przez Przystępującego rzetelnej odpowiedzi na temat sposobu kalkulacji ceny oferty w tych dwóch pozycjach, zaś pozostałe informacje dotyczące doświadczenia czy potencjału technicznego wykonawcy miały charakter

pomocniczy. W ocenie Izby Przystępujący wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego w sposób skrupulatny i rzetelny.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, iż przedstawiona w odwołaniu argumentacja dotycząca poz. 20 – jabłka, poz. 90 – ogórek kiszony oraz poz. 125 – ziemniaki, mogła podlegać ocenie wyłącznie w kontekście stwierdzenia wątpliwości uzasadniających wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących cen tych pozycji na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący w tym zakresie nie był wzywany. W związku z powyższym ciężar dowodu, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, obciążał w tym aspekcie Odwołującego. Izba stwierdziła, iż Odwołujący poza wyłącznie hasłowym powołaniem się na różnice cenowe pomiędzy ofertami czy ofertą Przystępującego a notowaniami na giełdzie hurtowej Bronisze, nie przedstawił żadnej szerszej argumentacji. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie ograniczone zostało do przedstawienia tabeli na stronie 8 odwołania i było oparte jedynie na zapewnieniach o nierynkowości przyjętych przez Przystępującego cen i obszernym przywołaniu orzecznictwa. Powyższe w ocenie Izby nie było wystarczające, aby podać w wątpliwość rynkowy charakter cen zaoferowanych przez Przystępującego. Cena oferty, w tym ceny poszczególnych pozycji formularza cenowego, to wypadkowa wielu czynników, w tym doświadczenia wykonawcy, jego zdolności, posiadanego potencjału technicznego oraz kontaktów handlowych. Nie zostało w postępowaniu odwoławczym wykazane, że uzyskanie cen zaoferowanych przez Przystępującego z poz. 20, 90 i 125 może nie być możliwe bez straty po stronie wykonawcy.

Tym samy zarzut nr 2 oraz zarzut ewentualny nr 3 podlegały oddaleniu jako nieudowodnione.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia prawidłowych dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: aktualnej decyzji lub zaświadczenia właściwego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej, zgodnie z ustawą z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w sprawie wpisu do rejestru zakładów lub w sprawie zatwierdzenia zakładu podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie produkcji (jeśli Wykonawca jest producentem) składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi lub w zakresie składowania, konfekcjonowania i obrotu artykułami rolno-spożywczymi (jeśli Wykonawca nie jest producentem), działalność objęta decyzją ma dotyczyć przedmiotu zamówienia, na którą składana jest oferta (zarzut nr 4).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej określony w Rozdziale XIV SW Zsłużył potwierdzeniu posiadania zgłoszonej działalności podlegającej urzędowej kontroli Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie umożliwiającym realizację zamówienia. Działalność objęta decyzją miała dotyczyć przedmiotu zamówienia, na który składana jest oferta, co wynikało wprost z opisu podmiotowego środka dowodowego. Odwołujący w żaden sposób nie podważył tego, że przedstawione przez Przystępującego zaświadczenie jest wystarczające na potrzeby realizacji zamówienia ani nie podważył możliwości złożenia przez Przystępującego oferty jako podmiot prowadzący sprzedaż hurtową i detaliczną owoców i warzyw, pochodzących od różnych podmiotów, a nie jako producent. Odwołujący opierał swoje stanowisko wyłącznie na dwóch okolicznościach. Po pierwsze na tym, że w treści decyzji złożonej przez Przystępującego jako podmiotowy środek dowodowy wskazano „dostawy świeżych warzyw i owoców - z innych hurtowni, duża część - własna produkcja rolna” W ocenie Izby okoliczność, iż w decyzji wskazano, że Przystępujący w zatwierdzonym obiekcie sprzedaje również produkty z własnej produkcji nie jest równoznaczna z tym, że takie właśnie produkty oferuje w postępowaniu. Przystępujący jako podmiot prowadzący hurtownię mógł zaoferować produkty, których producentami są inne podmioty. Zamawiającego konsultował prawidłowość decyzji złożonej przez Przystępującego jako podmiotowy środek dowodowy z Państwową Inspekcją Sanitarną. Ponadto co istotne, Zamawiający w ogóle nie wymagał od wykonawców informacji czy są oni producentem oferowanych artykułów spożywczych i ewentualnie których artykułów spożywczych. W formularzu cenowym w kontekście identyfikacji oferowanego produktu wymagano jedynie podania odmiany. Trudno w takiej sytuacji ustalić, czy dany wykonawca jest producentem określonej pozycji asortymentowej czy nie, tym samym trudno też wyciągać względem wykonawców negatywne konsekwencje z tego tytułu.

Drugą okolicznością wskazaną przez Odwołującego na potwierdzenie stawianego zarzutu była wywodzona z treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczących poz. 126 okoliczność, iż Przystępujący jest producentem ziemniaków. Stanowisko Odwołującego nie znajduje jednak potwierdzenia, jeśli weźmie się pod uwagę treść wyjaśnień

Przystępującego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załączony do tych wyjaśnień dowód nr 3 (również objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). Izba stwierdziła ponadto, iż w odwołaniu nie podjęto rzeczowej polemiki z ustaleniami wynikającymi z protokołu posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 18 marca 2024 r., gdzie w odniesieniu do poz. 126 formularza cenowego wprost wskazano, że Przystępujący zleca innym hurtowniom zakres produkcji tego produktu, co znajduje potwierdzenie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego. Odwołujący dysponował tym protokołem, a zatem dysponował też wiedzą o powodach decyzji Zamawiającego oraz częściową wiedzą o sposobie działania Przystępującego, nie przedstawił jednak w tym zakresie konstruktywnej argumentacji. Dalsze twierdzenia Odwołującego odnoszące się do tego protokołu czy do definicji producenta pierwotnego prezentowane podczas rozprawy, Izba uznała za spóźnione.

Tym samym nie zostało w postępowaniu odwoławczym wykazane, iż Przystępujący powinien zostać wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze wszystko powyższe, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji gdy oferta ww. wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą (zarzut nr 5).

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przedmiotowy zarzut stanowił konsekwencję zarzutów wcześniej podniesionych, z których to uchybień Odwołujący wywodził wadliwość wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Ponieważ nie potwierdziły się zarzuty nr 1 – 4 odwołania, to brak było podstaw do stwierdzenia, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej naruszała przepisy ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła ponadto zarzutu ewentualnego podniesionego w piśmie uzupełniającym odwołanie, tj. zarzutu naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia prowadzącym do dokonania przez Wykonawców nieporównywalnych wycen w poszczególnych pozycjach formularza asortymentowo cenowego.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, iż argumentację podniesioną na poparcie ww. zarzutu należy uznać za spóźnioną, bowiem w istocie stanowi ona jedynie polemikę z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Jeżeli zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia był nieprecyzyjny, to dysponował on uprawnieniem do wniesienia odwołania wobec treści dokumentów zamówienia w określonym ustawą terminie, po publikacji SWZ. Odwołujący, jeśli miał jakiegokolwiek wątpliwości, mógł również zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Odwołujący zaniechał powyższego, co więcej złożył ofertę, co pozwala stwierdzić, że był w stanie prawidłowo zidentyfikować wymagania co do przedmiotu zamówienia. Również żaden inny wykonawca nie zgłaszał przed upływem terminu składania ofert zasadniczych problemów związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Słusznie zwrócił uwagę Przystępujący, iż wada postępowania albo jest, albo jej nie ma, a nie materializuje się dopiero w sytuacji, kiedy Odwołujący nie uzyska zamówienia.

Ponadto należy wskazać, iż z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wynika, iż obowiązek unieważnienia postępowania aktualizuje się tylko wtedy, gdy łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia (jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie – w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania), stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp pozostaje w korelacji z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, który zawiera katalog sytuacji, w jakich umowa podlega unieważnieniu. Katalog ten ulega rozszerzeniu na gruncie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp o możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ Kodeksu cywilnego (czyli w przypadku, gdy strona umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami). Unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. Dlatego też, katalog przesłanek pozwalających

unieważnić postępowanie nie powinien podlegać wykładni rozszerzającej. Dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia ważnej umowy.

Odwołujący w żaden sposób nie dowiódł, aby podnoszona w piśmie rzekoma nieprecyzyjność w opisie pozycji formularza cenowego stanowiła wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że mamy do czynienia z wadą o charakterze kwalifikowanym, z wadą rzutującą na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że nie każda wada postępowania jest wadą, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Uzasadnienie odwołania, poza szerokim przywołaniem orzecznictwa, w zasadzie nie odnosi się w ogóle do kwestii wpływu stwierdzonej wady na potencjalną konieczność unieważnienia umowy zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto w ocenie Izby w przedmiotowym przypadku trudno mówić o jakiegokolwiek wadzie postępowania czy niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Logicznym i w pełni zrozumiałym jest to, że jeżeli Zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia w poz. 5 ananasa świeżego o masie sztuki 1500-2000g, to wymaga zaoferowania (a następnie dostarczenia) owoców mieszczących się w tym przedziale wagowym. Nie sposób upatrywać tu jakiegokolwiek niejasności ani wywodzić w tym zakresie trudności w prawidłowej wycenie. Podobnie jeśli Zamawiający wskazuje „sałata lodowa – szt.” to oczywistym jest, że wymaga zaoferowania i wycenienia jednej sztuki (główki) sałaty lodowej i nie jest konieczne konstruowanie w tym zakresie jakichkolwiek dalszych wymagań. Na uwagę zasługuje w tym zakresie także stanowisko Zamawiającego, który wskazał, iż Odwołujący realizował dostawy na rzecz Zamawiającego przez ostatnie dwa lata i nie miał nigdy wcześniej trudności ani z dokonaniem wyceny, ani z dostawą oczekiwanych produktów, nie zgłaszał też żadnych zastrzeżeń co do precyzyjności opisu przedmiotu zamówienia, a wręcz wykorzystywał na swoją korzyść fakt, iż w niektórych pozycjach Zamawiający zastrzegł jedynie maksymalną wagę produktów, oferując produkty o niższej gramaturze.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 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). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego.

Przewodnicząca:.....