

**WYROK**

Warszawa, dnia 11.02.2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę M.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M.S. Przetwórnia Warzyw i Owoców VEGAFRUIT z siedzibą w Połchowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 541 zł (słownie: pięćset czterdzieści jeden złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem kosztów dojazdu.
3. Zasądza od odwołującego M.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M.S. Przetwórnia Warzyw i Owoców VEGAFRUIT z siedzibą w Połchowie na rzecz zamawiającego Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku kwotę 4 141 z 00 gr (słownie: cztery tysiące sto czterdzieści jeden złotych, zero groszy).

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.

Przewodniczący:.....

**Sygn. akt: KIO 201/25**

**Uzasadnienie**

Dom Pomocy Społecznej w Strzebielinku, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest „Dostawa artykułów żywnościowych w roku 2025”, w podziale na 5 części, nr sprawy: AT.331.6.2024

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 grudnia 2024 r., pod numerem 00640866/01.

W dniu 20 stycznia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M.S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M.S. Przetwórnia Warzyw i Owoców VEGAFRUIT z siedzibą w Połchowie, dalej jako „Odwołujący”, wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania w części 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 255 pkt 2) PZP polegające na jego nieprawidłowym zastosowaniu i unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy nie występowały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, a więc nie wszystkie złożone co do części 1 Zamówienia oferty podlegały odrzuceniu;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP w zw. z art. 218 ust. 1 PZP polegające na jego nieprawidłowym zastosowaniu w sytuacji, gdy nie występowały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem Odwołujący nie naruszył dyspozycji art. 218 ust. 1 PZP i złożył na część 1 Zamówienia jedną ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego, a co za tym idzie brak było podstaw do unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej co do części 1 zamówienia z dnia 10 stycznia 2025 r.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania co do części 1, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego co do części 1, unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej co do części 1 z dnia 10 stycznia 2025 r.

#### Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący odnosił się do treści uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazując, że się z nim nie zgadza. Jak podkreślił Odwołujący, w przytoczonym przez Zamawiającego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza nie rozstrzygnęła jednoznacznie, że zaofiarowanie w ramach jednej pozycji dwóch różnych produktów stanowi, że oferta będzie ofertą wariantową. Krajowa Izba Odwoławcza uznała tylko i wyłącznie, że: „Odnoszącym do tego przykładem jest zaofiarowanie przez wykonawcę w ramach jednej pozycji dwóch produktów, z których jeden spełnia, a drugie nie spełnia wymagań zamawiającego - nie można jednej oferty ocenić jako jednocześnie spełniającej i nie spełniającej wymagania SIWZ w odniesieniu to tych samych wymagań. Oznacza to po prostu złożenia dwóch ofert, z których jedna spełnia, a druga nie spełnia wymagania zamawiającego.” Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła, że złożenie oferty z dwoma alternatywnymi produktami, ale spełniającymi wymagania zamawiającego, oznacza złożenie dwóch odrębnych ofert czy też złożenie oferty wariantowej.

Zgodnie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający nie sprecyzował, że oznaczenie produktu poprzez odwołanie do nazwy producenta w treści formularza cenowego, może obejmować wyłącznie jednego producenta. W ramach uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie stwierdził, czy alternatywnie proponowane przez Odwołującego do konkretnych pozycji oferty produkty spełniają, czy nie spełniają wymagań Zamawiającego. Co więcej, w treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania co do części 1 Zamówienia oraz odrzucenia oferty Odwołującego co do tej części, Zamawiający nie powołał się na jakiegokolwiek postanowienie SIWZ z którego wynikałby wymóg oferowanie wyłącznie jednego produktu dla danej pozycji formularza cenowego.

W konsekwencji Zamawiający nie miał również podstaw do stwierdzenia, że de facto Odwołujący złożył odrębne od siebie oferty na poszczególne produkty. Wszystkie oferowane przez Odwołującego alternatywnie produkty spełniają wymagania Zamawiającego, wobec czego nie ma podstaw do uznania, że Odwołujący na poszczególne pozycje formularza ofertowego złożył odrębne, niezależne od siebie oferty. Zamawiający nie uzasadnił, czy oferowane przez Odwołującego alternatywne/równoważne produktu do danych pozycji formularza cenowego, nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w dokumentacji zamówienia. Natomiast gdyby oferowane przez Odwołującego alternatywne produkty nie spełniały wymagań stawianych przez Zamawiającego, to zachodziłaby inna od wskazanej przez Zamawiającego podstawa odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na względzie, Zamawiający nie miał podstaw faktycznych ani prawnych do unieważnienia czynności wyboru Odwołującego co do części 1 Zamówienia, a następnie odrzucenia oferty Odwołującego złożonej co do części 1 Zamówienia. Odrzucając ofertę Odwołującego złożoną co do części 1 Zamówienia Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 3) PZP poprzez nieprawidłowe zastosowanie w sytuacji niewystąpienia przesłanek w nim zawartych.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

#### Stanowisko Zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie, która do akt sprawy wpłynęła w dniu 05.02.2025 r., Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Jak wskazywał postawiony zarzut jest pozbawiony podstawy prawnej. Zamawiający w toku przeprowadzonego postępowania gruntownie przeanalizował złożoną przez Odwołującą ofertę w postaci formularza cenowego (w aktach sprawy) i w wyniku dokonanej analizy podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującej i w konsekwencji także o unieważnieniu prowadzonego postępowania w zakresie części 1 Zamówienia. Decyzja ta była przede wszystkim oparta na zasadzie prawa zamówień publicznych, wyrażonej w treści art. 16 pkt 1 oraz art. 218 ustawy - Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wykonawca biorący udział w postępowaniu może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie P.Z.P, a treść tej oferty musi być zgodna z wymogami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

W wyniku dokonania analizy stwierdzono, iż Odwołująca się w poz. 66,82,83,85,108,109,154,155 i 180 formularza cenowego wskazała po dwóch producentów produktów, co zostało uznane za niezgodne zarówno z ustawą jak i

specyfikacją warunków zamówienia (SWZ). Dodał, że bez większego znaczenia w tej sprawie jest dosłowność przytoczonego przez zamawiającego fragmentu wyroku KIO 244/17, którym posiłkował się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, niemniej jednak z treści wyroku KIO 244/17 wynika jednoznacznie, że gdyby oferta odwołującego z tego wyroku nie została uznana za ofertę wariantową, to należałoby ocenić, czy odwołujący nie złożył dwóch ofert w zakresie zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji, co stoi w sprzeczności z ustawą P.Z.P.

Zamawiający dodał, że Odwołująca w treści swojej oferty, jak również złączonych do niej dokumentów, w żaden sposób nie wskazała przyczyn dla których proponowani są dwaj producenci danego produktu w jednej pozycji formularza cenowego i czemu takie rozwiązanie ma służyć.

Szczegółowa treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba stwierdziła, że nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników.

Zamawiający wnioskował o przeprowadzenie dowodów z dokumentów, tj. receptur (Receptura nr 9, 38, 59), protokołu kontroli sanitarnej z dnia 25.09.2018 r. oraz korespondencji mailowej z dnia 29.01.2025 r. na okoliczności wskazane przy ich składaniu. Izba postanowiła oddalić ww. wniosek dowodowy. Wskazać należy, że znaczna część argumentacji Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie oraz wypowiedzi na rozprawie stanowiła rozszerzenie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, co jest oczywiście nieuprawnione na obecnym etapie. W ramach postępowania odwoławczego badania jest bowiem czynność Zamawiającego, której powody uzewnętrznił on w jej uzasadnieniu. Na etapie postępowania przed KIO nie można podstaw tych rozszerzać ani domniemywać – liczy się tylko to, co jest w uzasadnieniu. Temu samemu celowi służyły ww. dowody – odnosiły się do okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, o których Zamawiający nie wspominał w treści uzasadnienia czynności odrzucenia. Tym samym przeprowadzenie ww. dowodów byłoby nieprzydatne do wydania rozstrzygnięcia i powodowałoby jedynie przedłużenie postępowania odwoławczego. Zasadnym było więc oddalenie ww. wniosków dowodowych.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Na potrzeby niniejszego uzasadnienia należy jedynie wskazać, że w dniu 10.01.2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Odwołującego.

Następnie w dniu 14.01.2025 r. unieważnił ww. czynność. Tego samego dnia Zamawiający poinformował o odrzuceniu m. in. oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Podstawę prawną Zamawiający określił jako art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał następująco:

*„Zamawiający ustalił, iż zachodzą podstawy do odrzucenia oferty ponieważ w poz. 66, 82, 83, 85, 87, 108, 109, 154, 155 i 180 formularza cenowego wykonawca zaoferował po dwie marki (wskazał jednocześnie dwóch różnych producentów) co jest niezgodne z ustawą, gdyż zgodnie z art. 218 ust. 1 każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, oznacza to, że realizacja zamówienia polegać będzie na sukcesywnych dostawach, przez cały okres realizacji umowy, tego samego produktu (tego samego producenta - tej samej marki i o tej samej nazwie handlowej). Na ten temat wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17.02.2017 r., KIO 244/17, w którym orzekła, że: „ (...) zaoferowanie dwóch odmiennych produktów, o podobnych parametrach spełniających minimalne wymagania zamawiającego, lecz od różnych producentów uznać można za złożenie dwóch niezależnych ofert (...) ”.*

Z uwagi na to, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, Zamawiający unieważnił postępowanie ramach części 1 na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

## Uzasadnienie prawne:

Na wstępie należy podkreślić, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu odwoławczym jest zbadanie czynności Zamawiającego każdorazowo tylko i wyłącznie przez pryzmat powodów dokonania tejże czynności wyartykułowanych wprost w uzasadnieniu jej dokonania. Za spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy należy uznać takie okoliczności mające uzasadniać odrzucenie oferty czy też inne czynności zamawiającego, które zostały przez niego przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów dokonania określonej czynności w szerszym aspekcie. Stanowisko to jest jednolicie prezentowane w orzecznictwie (np. wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r., KIO 1215/23, wyrok KIO z dnia 16 marca 2023 r., KIO 593/23, wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2022 r., KIO 3248/22).

Wobec powyższego Izba dokonała oceny czynności Zamawiającego tylko i wyłącznie przez pryzmat okoliczności, którym dał on wyraz w piśmie z dnia 14 stycznia 2025 r. Wskazać należy, że w dużej mierze argumentacja prezentowana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w trakcie wypowiedzi ustnej na rozprawie, wykraczała poza te podstawy, a zatem została przez Izbę pominięta.

Pomimo tego Izba uznała, że Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić albo wymagać w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli ogłoszenie o zamówieniu nie było wymagane, w dokumentach zamówienia, złożenia oferty wariantowej. Oferta wariantowa musi być związana z przedmiotem zamówienia.

Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia ze złożeniem przez Odwołującego oferty wariantowej w rozumieniu przywołanej wyżej definicji legalnej zawartej w ustawie Pzp. Stwierdzić należy, że o złożeniu oferty wariantowej będzie można mówić, w sytuacji gdy będzie ona zawierała odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, tzn. że zakładany przez zamawiającego efekt zostanie osiągnięty w inny sposób, np. przy użyciu innej metody czy technologii robót, innych materiałów niż przewidziane przez zamawiającego w specyfikacji. W świetle powyższego podanie przez Odwołującego w pozycjach 66, 82, 83, 85, 87, 108, 109, 154, 155 i 180 formularza cenowego dwóch różnych marek produktów, pochodzących od różnych producentów, nie stanowi o złożeniu oferty wariantowej w świetle przepisów ustawy Pzp. Inaczej rzecz ujmując, Odwołujący nie przedstawił w złożonej ofercie innej koncepcji/metody wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego niż określona przez Zamawiającego.

Izba podzieliła jednak stanowisko Zamawiającego, iż złożona przez Odwołującego oferta w zakresie ww. pozycji podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą Pzp. Wskazać bowiem należy, że zaoferowanie dwóch różnych produktów w jednej pozycji formularza świadczy o tym, że złożona oferta nie była jednoznaczna i w istocie sprowadzała się do złożenia Zamawiającemu dwóch ofert dotyczących danego elementu zamówienia stanowiących niejako warianty (czy też oferty o kilku wariantach), co jest sprzeczne z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp. Innymi słowy, treść oferty Odwołującego w spornym zakresie nie stanowiła stanowczego oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. Na podstawie oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego nie można bowiem ustalić jaki konkretnie produkt zaoferował wykonawca w ww. pozycjach. W ocenie Izby działanie Odwołującego należy uznać za sprzeczne z art. 218 ust. 1 ustawy Pzp oraz niedopuszczalne w świetle art. 16 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, iż na gruncie ustawy Pzp wykonawca powinien jednoznacznie skonkretyzować przedmiot oferty, stosując się jednocześnie do wymogów specyfikacji, w ramach których zamawiający oczekuje od wykonawcy precyzyjnego podania producenta oferowanych produktów. Nie budzi wątpliwości, iż celem takiego wymogu jest umożliwienie Zamawiającemu pozyskania dokładnej informacji o oferowanym produkcie, w tym weryfikacja zgodności oferowanego rozwiązania z wymogami SWZ. Tym samym wykonawca będący profesjonalistą powinien dołożyć należytej

staranności i na moment złożenia oferty odkodować wymagania SWZ i w odpowiedzi na nie przedstawić stanowcze i jednoznaczne oświadczenie woli co do oferowanego przedmiotu świadczenia (tak też: wyrok KIO z dnia 5 lipca 2021 r., KIO 1370/21).

Wobec powyższego Izba uznała czynność Zamawiającego za prawidłową.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....