

Sygn. akt: KIO 2686/23

WYROK

z dnia 29 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy** w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolskie Centrum Neuropsychiatryczne im. Oskara Bielawskiego w Kościanie**, przy udziale wykonawcy **Gospodarstwo Rolne S. M. w Kurzej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2686/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Neuropsychiatryczne im. Oskara Bielawskiego w Kościanie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *pn.*: „dostawa artykułów spożywczych podzielona na 2 zadania: zadanie 1 – dostawa artykułów żywnościowych; zadanie 2 – dostawa świeżych warzyw i owoców.”, *ZNAK SPRAWY: ZP/11/2023* w zakresie zadania nr 2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 134-425799.

W dniu 11 września 2023 r. wykonawca S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2:

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. z siedzibą Długa 20, 64-000 Kurza Góra zwanego dalej wykonawcą,
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty wykonawcy czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj.;

1) Wykonawca nie widnieje w żadnym z rejestrów firm, które zawierają informacje o przedsiębiorcach. Co więcej wykonawca nie przedstawił podmiotowego środka dowodowego w postaci odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp;

2) Złożone przez wykonawcę w dniu 29 sierpnia 2023 r. wyjaśnienia zostały sporządzone w sposób lakoniczny, nie pozwalają zamawiającemu na ustalenie, czy w rzeczywistości jest on w stanie za zaoferowaną cenę wykonać przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

3) W wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2023 r. wykonawca przyznaje, iż przed przystąpieniem do ww. postępowania powziął informację o sezonowości dostaw poszczególnych produktów od

Pani I. C. – Kierownika Działu Żywności w Wielkopolskim Centrum Neuropsychiatrycznym w Kościanie tj. bezpośrednio od zamawiającego poza procedurą toczącego się postępowania.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w tym odrzucenia oferty Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M.

Odwołujący wskazał, że:

Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W rozdziale II ust 9 pkt 1) SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia o treści:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym posiadają siedzibę lub miejsce zamieszkania.”

W załączniku XI do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku VII do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76) zawarto niewyczerpujący wykaz rejestrów zawodowych i handlowych funkcjonujących w państwach członkowskich Unii Europejskiej. W odniesieniu do polskich wykonawców ubiegających się o zamówienie istnieje możliwość uzyskania odpowiednich informacji co do kompetencji tych przedsiębiorców bezpośrednio za pomocą bezpłatnych baz danych dostępnych pod adresem, odpowiednio, oraz <https://prod.ceidg.gov.pl/ceidg/ceidg.public.ui/search.aspx>. **Wykonawca nie widnieje w żadnym z ww. rejestrów. Co więcej wykonawca nie przedstawił podmiotowego środka dowodowego w postaci odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.** Art. 226 ust 1 pkt 2) lit. c) stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Ponadto zamawiający wymagał aby wykonawcy w składanych przez siebie ofertach wskazali nazwę handlową lub nazwę producenta oferowanego przez siebie produktu. Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie w załączniku nr 3 do SWZ zadeklarował iż wszystkie oferowane przez niego produkty pochodzą z produkcji własnej. Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień w kwestii, czy wybrane produkty w zadaniu nr 2 ww. postępowania tj. pomidory, ogórki, papryka, sałata, sałata lodowa, kalafior, dynia, koperek, natka, szczypior, lubczyk, por, rzodkiewka, szparagi wykonawca jest w stanie produkować przez okres dwóch lat całorocznie. Niemożliwym jest aby wykonawca przez okres dwóch lat całorocznie uprawiał warzywa, które w Polsce nie rosną cały rok. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie potwierdził jednoznacznie, że uprawia własne owoce i warzywa, że jest w stanie produkować je całorocznie. **Nadmienić należy, iż wykonawca jako część swojej oferty przedstawił zaświadczenie o powierzchni gruntów, które potwierdza iż Wykonawca figuruje w rejestrze podatników Gminy Kościan jako podatnik podatku rolnego za grunt o powierzchni 5,3636 ha fizycznych, tj. 2,9956 ha przeliczeniowych. Na tak**

małej ilości ha wykonawca nie jest w stanie uprawiać 36 produktów do czego zobowiązał się w złożonej przez siebie ofercie. Podkreślić należy również, że obowiązek złożenia Zamawiającemu wyczerpujących wyjaśnień spoczywa na Wykonawcy, zaś złożone przez wykonawcę w dniu 29 sierpnia 2023 r. wyjaśnienia zostały sporządzone w sposób lakoniczny, nie pozwalają zamawiającemu na ustalenie, czy w rzeczywistości jest on w stanie za oferowaną cenę wykonać przedmiot zamówienia. Co niezwykle ważne, twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte konkretnymi dowodami, natomiast Wykonawca uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.

Ponadto art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy Pzp cena jest rażąco niska gdy odbiega od wartości zamówienia o co najmniej 30%. Cena całkowita oferty zaproponowanej przez Wykonawcę jest niższa o ponad 30 % wartości zamówienia. Cena zatem odbiega w sposób rażący, a Wykonawca winien pokazać Zamawiającemu, jak kształtują się koszty realizacji danego pakietu i gdzie konkretnie dany wykonawca wygenerować może oszczędności, pozwalające mu zaoferować warunki lepsze niż konkurencja. Co niezwykle ważne, twierdzenia wykonawcy powinny zostać poparte konkretnymi dowodami. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, że zaoferowana w Formularzu Ofertowym cena za wykonanie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 2 nie jest rażąco niska.

Pragniemy również zwrócić uwagę na to, że to ceny jednostkowe stanowią podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być obliczona w sposób realny, rynkowy. Wykonawca w swojej ofercie zaoferował ceny nierealne, które są nieosiągalne nawet przy składaniu ofert bezpośrednio z linii produkcyjnej.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. z siedzibą Długa 20, 64-000 Kurza Góra winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Co więcej art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r., poz. 275, ze zm.) stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2023 r. wykonawca przyznaje iż przed przystąpieniem do ww. postępowania powziął informację o sezonowości dostaw poszczególnych produktów od Pani I. C. – Kierownika Działu Żywnienia w Wielkopolskim Centrum Neuropsychiatrycznym w Kościanie. Pani I. C. była zaangażowana w przygotowanie ww. postępowania o udzielenie zamówienia na co wskazuje rozdział III ust. 1. pkt. 4) SWZ gdzie Pani Izabela jest wskazana do porozumiewania się z wykonawcami w sprawie ww. postępowania. Informacja jaką powziął wykonawca bezpośrednio od zamawiającego została udzielona poza procedurą toczącego się postępowania.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. z siedzibą Długa 20, 64-000 Kurza Góra winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mimo wyżej opisanego stanu faktycznego, Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy. W omawianym przypadku zarówno wykonawca, jak i zamawiający podeszli do tematu w sposób odbiegający od oczekiwanego poziomu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odpowiedź na zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b i c PZP:

Zgodnie normami prawnymi zawartymi w artykule 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający dokonując wyboru wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, 64-000 Kurza Góra nie naruszył cytowanej wyżej normy prawnej albowiem:

- Wbrew twierdzeniom Odwołującego się Wykonawca Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, 64-000 Kurza Góra nie był zobligowany do przedstawienia informacji z KRS czy CIDG wraz ze złożoną ofertą.

Po pierwsze bowiem Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, 64-000 Kurza Góra (art. 6 pkt. I ustawy z dnia 6 marca 2018 roku prawo przedsiębiorców D. U. z 2023 r poz. 221 tj.) nie podlega obowiązkowi wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, i (art.36 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (D.U. z 2023 poz.685 tj.) nie podlega obowiązkowi wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego.

Ma tu rację odwołująca, że wykonawca Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, 64-000 Kurza Góra nie widnieje w żadnym z rejestrów firm, które zawierają informacje o przedsiębiorcach. Musi jednak wiedzieć, że w Rzeczpospolitej Polskiej nie jest prowadzony żaden oficjalny rejestr gospodarstw rolnych.

Wykonawca Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, 64-000 Kurza Góra nie mógł więc przedłożyć do niniejszego postępowania ani informacji z KRS ani z CEIDG , zamawiający nie uchybił zaś obowiązkowi wezwania tego wykonawcy do przedłożenia wskazanych dokumentów- bo odrębne przepisy nie wymagały od niego wpisu do rejestru lub ewidencji.

Gdyby zaś Zamawiający postawił warunek ograniczający udział w postępowaniu wyłącznie do wykonawców wpisanych do CEIDG lub KRS, pozbawiłby możliwości udziału w postępowaniu takich wykonawców jak Gospodarstwo Rolne S. M. czym jawnie naruszyłby zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zapis SWZ wyraźnie wskazuje, że *Zamawiający wezwie Wykonawcę w wyznaczonym terminie do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci m.in. odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji* (II.1.2. lit. d).

Odpowiedź na zarzut naruszenia art.224 ust.6 PZP:

Zgodnie z normą prawną zawartą w art. 244 ust. 6 PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Na skutek pytania zadanego przez odwołującą się Zamawiającą pismem z dnia 28.08.2023 r wezwał wykonawcę Gospodarstwo Rolne S. M. do udzielenia wyjaśnień w kwestii, czy wybrane produkty w zadaniu 2 Dostawa świeżych warzyw i owoców tj. pomidory, ogórki papryka, sałata, sałata lodowa, kalafior, dynia, koperek, natka , szczypior, lubczyk, por, rzodkiewka, szparagi dostawca jest w stanie produkować przez okres dwóch lat całorocznie. Wykonawca miał złożyć wyjaśnienia w terminie do dnia 1.09.2023 r. godz. 10:00.

W przypisanym terminie, bo w dniu 29.08.2023 roku do Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na wezwanie, w której S. M. wskazał, że składa je płody rolne w magazynie-chłodni. Płody rolne które zamawiane są przez zamawiającego całorocznie uprawia także pod ogrzewanymi osłonami, a na podstawie własnego doświadczenia wynikającego z realizowania dostawna rzecz Wielopolskiego Centrum Neuropsychiatrycznego w Kościanie ma wiedzę, że w zakresie płodów rolnych o charakterze sezonowym - dostawy na te produkty także mają charakter sezonowy.

Zamawiający złożone wyjaśnienia uznał za wystarczające i rzetelne biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego i dotychczasową praktykę Zamawiającego co do charakteru zapotrzebowania na świeże warzywa i owoce. Nie może bowiem budzić wątpliwości fakt, że termin świeże warzywa i owoce nie oznacza, że są one rwane prosto z krzaka, czy wydobywane z gruntu i dostarczane natychmiast zamawiającemu. Warzywa i owoce można w odpowiedni sposób przechowywać tak, żeby były one dostarczane również w porach roku, w których ich się nie wytwarza. Przechowywanie więc warzyw i owoców w chłodni-magazynie jest rozwiązaniem dopuszczalnym. Nie jest to bowiem np. mrożenie czy suszenie. Nie trzeba też wiedzy specjalnej, aby stwierdzić, że są też takie produkty, które są najlepsze właśnie bezpośrednio po wydobyciu ich z ziemi, chociaż można je także przez dłuższy czas przechowywać. Są produkty, które najlepiej smakują z hodowli np. wiosennej. Zamawiający ogranicza się w zamawianiu ich właśnie w okresach kiedy można zerwać je bezpośrednio w krzaka, wyrwać z ziemi - bo może takie decyzje podejmować. Stąd sezonowość dostaw i różnice w dostarczonym asortymencie zimą i latem. Chociaż wydaje się to oczywiste, z uwagi na treść odwołania, Zamawiający wyjaśnia, że przy każdej dostawie nie wymaga, aby przywożono mu jednocześnie wszystkich 34 pozycji wymienianych jako przedmiot zamówienia.

Reasumując więc, Zamawiający nie odrzucił oferty Gospodarstwa Rolnego S. M., gdyż uznał na podstawie jego odpowiedzi, że jest w stanie przez czas trwania zamówienia dostarczać wyprodukowane przez siebie produkty. Swoje twierdzenie Zamawiający opierał także na efektach dotychczasowej współpracy z tym Wykonawcą.

Zgodnie zaś z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP o rażąco niskiej cenie mówimy nie tylko wtedy, kiedy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, ale również od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10.

W niniejszej sprawie dokonując takiej analizy arytmetycznej wszystkich cen nie ma mowy o rażąco niskiej cenie.

Odpowiedź na zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 7 PZP:

Zgodnie z art.226 ust. 1 pkt. 7 PZP Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji D.U. z 2022 r poz. 1233 tj) to działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Nie jest wiadomością poufną, że Gospodarstwo Rolne S. M. realizuje obecnie w okresie od listopada 2022 roku na rzecz Zamawiającego dostawy świeżych warzyw i owoców wobec udzielenia mu zamówienia publicznego w tym przedmiocie w przetargu poprzedzającym mniejsze postępowania. Nie może więc budzić wątpliwości fakt, że S. M. rozmawia i pozostaje w kontakcie w chwili realizowania dostaw z kierownikiem Działu Żywnienia I. C. Bez takiego bowiem kontaktu nie byłoby możliwości prawidłowego realizowania zamówienia publicznego.

Wiadomość powzięta od Kierownika Działu Żywnienia o sezonowości dostaw nie ma nic wspólnego z czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż S. M. podczas codziennej dostawy produktów któregoś ranka po ogłoszeniu zamówienia dopytał tylko w zwykłej rozmowie czy to prawda, że zmienione będą od nowego przetargu zasady. Kierowniczką odpowiedziała, że tak i odesłała pytającego do strony, na której zamieszczone jest zamówienie publiczne. Tego rodzaju pytanie, a tym bardziej udzielona odpowiedź nie ma nic wspólnego z czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na uzgadnianiu przez potencjalnego wykonawcę z zamawiającym warunków składania ofert w przetargu, zakresu dostaw, czy cen. Pytanie zadane przez S. M. nie miało bowiem wpływu na treść zamieszczonego już ogłoszenia. Informacje zaś uzyskane od pracownika zamawiającego stanowiły wiedzę powszechną, którą pozyskać mogła też i nawet wcześniej sama Odwołująca zapoznając się z SWZ.

W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że czynność Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegająca na wyborze wykonawcy Gospodarstwa Rolnego S. M. ul. Długa 20, Kurza Góra, 64-000 Kościan została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie był, w świetle obowiązujących przepisów ustawy z 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zobowiązany ani uprawniony do podjęcia czynności polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Gospodarstwo Rolne S. M. ul. Długa 20, Kurza Góra, 64-000 Kościan.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 134-425799.

W dniu 11 września 2023 r. wykonawca S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 2:

- od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na wyborze wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. z siedzibą Długa 20, 64-000 Kurza Góra zwanego dalej wykonawcą,
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków

udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń

- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp tj. odrzucenia oferty wykonawcy czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
- na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj;

1) Wykonawca nie widnieje w żadnym z rejestrów firm, które zawierają informacje o przedsiębiorcach. Co więcej wykonawca nie przedstawił podmiotowego środka dowodowego w postaci odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp;

2) Złożone przez wykonawcę w dniu 29 sierpnia 2023 r. wyjaśnienia zostały sporządzone w sposób lakoniczny, nie pozwalają zamawiającemu na ustalenie, czy w rzeczywistości jest on w stanie za zaoferowaną cenę wykonać przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

3) W wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2023 r. wykonawca przyznaje iż przed przystąpieniem do ww. postępowania powziął informację o sezonowości dostaw poszczególnych produktów od Pani I. C. – Kierownika Działu Żywnienia w Wielkopolskim Centrum Neuropsychiatrycznym w Kościanie tj. bezpośrednio od zamawiającego poza procedurą toczącego się postępowania.

Wobec powyższego oferta Wykonawcy Gospodarstwo Rolne S. M. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę S. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Transportowa "S." S. B. z siedzibą w Legnicy, Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Gospodarstwo Rolne S. M. w Kurzej Górze.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 14 września 2023 r., jak również w piśmie procesowym z dnia 19 września 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika

postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba zważa, iż zgodnie z rozdziałem II ust 9 pkt 1) SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia): „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym posiadają siedzibę lub miejsce zamieszkania”, przy czym Odwołujący z powyższego postanowienia SWZ wywodzi, iż Przystępujący nie przedstawiając podmiotowego środka dowodowego w postaci odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie zgadza się z powyższą argumentacją Odwołującego, ponieważ Przystępujący prowadzi gospodarstwo rolne, a zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, przepisów ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, z kolei zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Rejestr obejmuje podmioty, na które przepisy ustaw nakładają obowiązek uzyskania wpisu do tego Rejestru. Natomiast w myśl art. 36 ww. ustawy, Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do następujących podmiotów: 1) (uchylony) 2) spółek jawnych; 2a) europejskich zgrupowań interesów gospodarczych; 3) spółek partnerskich; 4) spółek komandytowych; 5) spółek komandytowo-akcyjnych; 6) spółek z ograniczoną odpowiedzialnością; 6a) prostych spółek akcyjnych; 7) spółek akcyjnych; 7a) spółek europejskich; 8) spółdzielni; 8a) spółdzielni europejskich; 9) przedsiębiorstw państwowych; 10) instytutów badawczych i instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz; 11) (uchylony) 12) towarzystw ubezpieczeń wzajemnych; 12a) towarzystw reasekuracji wzajemnej; 13) innych osób prawnych, jeżeli wykonują działalność gospodarczą i podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 1 ust. 2 pkt 2; 14) oddziałów przedsiębiorców zagranicznych działających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; 15) głównych oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń; 16) głównych oddziałów zagranicznych zakładów reasekuracji; 17) instytucji gospodarki budżetowej.

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż zgodnie z postanowieniami rozdziału II ust. 11 pkt 2 lit. d SWZ: „Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji”

Biorąc powyższe przepisy pod uwagę, jak również postanowienia SWZ, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący

prowadząc indywidualne gospodarstwo rolne (gospodarstwo rodzinne) nie miał obowiązku wpisu do ewidencji działalności gospodarczej ani uzyskać wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego.

Poza tym, twierdzenia Odwołującego z pisma z dnia 23 września 2023 r., iż Przystępujący nie złożył potwierdzenia wpisu do Rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej, rejestracji w ARIRM, czy też innych dokumentów, deklaracji nie miały żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ nie były one przedmiotem zarzutów odwołania. W myśl bowiem art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż po pierwsze zarzuty zawarte w odwołaniu odnosiły się tylko co do braku wpisu Przystępującego do CEIDG lub KRS, o czym świadczą słowa: **W odniesieniu do polskich wykonawców ubiegających się o zamówienie istnieje możliwość uzyskania odpowiednich informacji co do kompetencji tych przedsiębiorców bezpośrednio za pomocą bezpłatnych baz danych dostępnych pod adresem, odpowiednio, oraz <https://prod.ceidg.gov.pl/ceidg/ceidg.public.ui/search.aspx>. Wykonawca nie widnieje w żadnym z ww. rejestrów. Co więcej wykonawca nie przedstawił podmiotowego środka dowodowego w postaci odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej.**, a po drugie Zamawiający nie stawiał wymagań w SWZ co do dokumentów wskazanych przez Odwołującego.

Tym samym, w ocenie Izby zarzuty te są niezasadne.

Odnosnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do, której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty wykonawcy czyli wówczas, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, jest zdaniem Izby niezasadne.

Izba uważa, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że powyższy przepis jest związany z podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a którą tę podstawę Odwołujący nie powołał w zarzutach odwołania.

Izba zwraca uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał o udzielenie wyjaśnień Przystępującego z dnia 28 sierpnia 2023 r. na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a nie na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, na który to przepis Odwołujący się powołuje.

Tym samym Izba zgadza się z Odwołującym, że Zamawiający nie wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP „do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, że zaoferowana w Formularzu Ofertowym cena za wykonanie przedmiotu zamówienia w zadaniu nr 2 nie jest rażąco niska”, ze względu na to, iż cena oferty Przystępującego „jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia”.

Jednakże należy w tym miejscu podkreślić, iż Zamawiający wzywając Przystępującego o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, doprowadził do sytuacji, w której Przystępujący nie był zobowiązany do udzielenia szczegółowych wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny wraz z dowodami. Co istotne, Odwołujący nie powołał się w zarzutach odwołania na zaniechanie Zamawiającego w zakresie wezwania Przystępującego do wyjaśnień zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP.

Nadto należy zaznaczyć, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP nie mówi nic o złożeniu wyjaśnień wraz z dowodami, lecz o złożeniu wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

W związku z powyższym Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, że „wykonawca uchylił się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów”.

Niezależnie od powyższego, samo wezwanie Zamawiającego z dnia 28 sierpnia 2023 r. nie dotyczyło zdaniem Izby wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, o czym świadczą słowa: „Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w kwestii, czy wybrane produkty w zadaniu 2 „Dostawa świeżych warzyw i owoców”, tj. pomidory, ogórki, papryka, sałata, sałata lodowa, kalafior, dyna, koperek, natka, szczypior, lubczyk, por, rzodkiewka, szparagi, Dostawca jest w stanie produkować przez okres dwóch lat całorocznie”. Na powyższe pytanie Zamawiającego, Przystępujący w dniu 29 sierpnia 2023 r. odpowiedział m.in. „płody rolne składuję w profesjonalnym magazynie-chodni, gwarantującym optymalne i długotrwałe przechowywanie. (...) Ponadto należy podkreślić, iż płody rolne zamawiane przez odbiorcę całorocznie, uprawiam również pod ogrzewanymi osłonami”, co w ocenie Izby jest wystarczające do uznania, iż Przystępujący jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym, Izba popiera argumentację Zamawiającego, iż „termin świeże warzywa i owoce nie oznacza, że są one rwane prosto z krzaka, czy wydobywane z gruntu i dostarczane natychmiast zamawiającemu. Warzywa i

owoce można w odpowiedni sposób przechowywać tak, żeby były one dostarczane również w porach roku, w których ich się nie wytwarza”, jak również to, iż Zamawiający w SWZ nie wymagał, aby „przywożono mu jednocześnie wszystkich 34 pozycji wymienianych jako przedmiot zamówienia”.

Nadto Izba zważa, że Przystępujący mimo, iż zadeklarował w złożonej przez siebie ofercie w załączniku nr 3 do SWZ, iż wszystkie oferowane przez niego produkty pochodzą z produkcji własnej, to należy zauważyć, że Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wymagał, aby produkcja świeżych warzyw i owoców miała odbywać się wyłącznie na gruntach własnych Przystępującego, a nie również na gruntach dzierżawionych (Przystępujący przy przystąpieniu przedłożył dowody w postaci przykładowych umów dzierżawy). W związku z powyższym, Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Przystępującego na rozprawie: „Wskazuje na areał około 17-18 ha, który jest odpowiedni do produkcji rolnej”.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia do której zamawiający był obowiązany na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z kolei w myśl art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba wskazuje, że Odwołujący opatruje powyższy zarzut na stwierdzeniu, iż w wyjaśnieniach z dnia 29 sierpnia 2023 r. „wykonawca przyznaje, iż przed przystąpieniem do ww. postępowania powziął informację o sezonowości dostaw poszczególnych produktów od Pani I. C. – Kierownika Działu Żywności w Wielkopolskim Centrum Neuropsychiatrycznym w Kościanie tj. bezpośrednio od zamawiającego poza procedurą toczącego się postępowania”.

W pierwszej kolejności Izba zważa, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, jak powzięcie informacji o sezonowości dostaw poszczególnych produktów miałyby zagrażać lub naruszać interes Odwołującego lub Zamawiającego. Co istotne, jak wskazał sam Przystępujący w piśmie przy zgłoszeniu przystąpienia z dnia 14 września 2023 r. , jak również w piśmie procesowym z dnia 19 września 2023 r.: „podczas jednej z dostaw, która miała miejsce po ogłoszeniu postępowania przetargowego zapytałem, czy zmieniły się dotychczasowe zasady dostaw, gdyż zauważyłem, że zamawiający wprowadził podział na sezonowość dostaw. Pani C. wskazała, że wszelkie informacje na ten temat zawarte są w ogłoszeniu i to wszystko, co ma do powiedzenia w tej sprawie”. Izba uznała powyższe słowa Przystępującego za wiarygodne, tym bardziej, że zostały one potwierdzone również przez samego Zamawiającego na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie: „S. M. podczas codziennej dostawy produktów któregoś ranka po ogłoszeniu zamówienia dopytał tylko w zwykłej rozmowie czy to prawda, że zmienione będą od nowego przetargu zasady. Kierowniczką odpowiedziała, że tak i odesłała pytającego do strony, na której zamieszczone jest zamówienie publiczne”, co w ocenie Izby, nie świadczy w jakikolwiek sposób o złożeniu oferty przez Przystępującego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, czy też o jakimkolwiek porozumieniu antymonopolowym. Warto również zwrócić uwagę, że informacje te zostały wyłącznie potwierdzone przez Panią I. C. oraz że nastąpiło to po ogłoszeniu postępowania przetargowego, zaś samo zadanie pytania przez Przystępującego nie miało wpływu na treść zamieszczonego już ogłoszenia o zamówienie publiczne.

Tym samym, zdaniem Izby zarzut ten jest niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, że dowody wniesione przez Przystępującego na rozprawie nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: