

**Sygn. akt: KIO 3488/22**

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Kot**

**Protokolant: Bogusława Tokarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Zakład Przetwórstwa Mięsnego N. sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Dąbrowa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Giżycku,

przy udziale wykonawcy Zakład Przetwórstwa Mięsnego ZAGŁOBA Z. Ł. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w miejsc. Grajewo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 petitum odwołania w związku z ich wycofaniem przez odwołującego;
2. Uwzględnia zarzut nr 3 petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Przetwórstwa Mięsnego ZAGŁOBA Z. Ł. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w miejsc. Grajewo jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Giżycku i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego – Zakład Przetwórstwa Mięsnego N. sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Dąbrowa tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od zamawiającego – 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego z siedzibą w Giżycku na rzecz odwołującego – Zakładu Przetwórstwa Mięsnego N. sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Dąbrowa kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:** .....

## Uzasadnienie

24 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Giżycku (dalej: „Zamawiający” oraz „24 WOG”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa mięsa, tłuszczu i wędlin z mięsa czerwonego a także mięsa i wędlin drobiowych dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego na 2023 r.” (Numer referencyjny: 74/2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 5 października 2022 r. pod numerem 2022/S 192-542904.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

27 grudnia 2022 r. wykonawca Zakład Przetwórstwa Mięsnego N. sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Dąbrowa (dalej: „Odwołujący” oraz „ZPM N.”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w toku Postępowania w zakresie zadania nr 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Przetwórstwa Mięsnego ZAGŁOBA Z. Ł. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w miejsc. Grajewo (dalej: „ZPM ZAGŁOBA”), który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnił w terminie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wezwanie po raz drugi, w sposób nieuprawniony, do uzupełnienia tych samych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.”) poprzez ich nie zastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ZPM Z.w sytuacji, gdy wyjaśnienia tego wykonawcy w ramach rażąco niskiej ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie dla wątroby wieprzowej, polędwicy wołowej i steków a ponadto wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach wskazał, że zaoferowana cena jest ceną poniżej kosztów

wykonania tego asortymentu lecz jest to dla niego bardziej opłacalne z uwagi na koszty magazynowania tego produktu;

*z daleko posuniętej ostrożności w razie nieuwzględnienia zarzutów nr 1 i 3 Odwołujący zarzucił naruszenie:*

- 4) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego nie zastosowanie i zaniechanie kolejnego wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ZPM ZAGŁOBA, w sytuacji, gdy dotychczas złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską dla asortymentu wskazanego w poz. 3, 19 i 54 formularza cenowego.

W związku z powyższym podstawowe żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty ZPM ZAGŁOBA względnie w razie nieuwzględnienia zarzutu 1 lub 3 nakazanie wezwania ZPM ZAGŁOBA do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutów nr 1 i nr 2 petitum odwołania ZPM N. podniósł, że ZPM ZAGŁOBA nie złożył w wyznaczonym przez 24 WOG terminie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tj. informacji z KRK dotyczącej podmiotu. Odwołujący wskazał, że pierwotnie wyznaczony termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych – do dnia 2 grudnia 2022 r. nie został przez ZPM ZAGŁOBA dotrzymany. ZPM N. podkreślił, że mając na uwadze fakt, iż w wyznaczonym terminie, Zamawiający nie dokonał wydłużenia terminu, uznać należy, że pismo z dnia 6 grudnia 2022 r. wydłużające termin do 9 grudnia 2022 r. stanowiło wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że oświadczenie woli, zgodnie z dyspozycją art. 61 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”), które ma być złożone drugiej osobie, uznaje się za złożone z chwilą, w której druga strona mogła zapoznać się z jego treścią. ZPM N. zaznaczył, że niewątpliwie pismo Zamawiającego datowane na dzień 6 grudnia 2022 r. nie mogło dojść do ZPM ZAGŁOBA przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu, co oznacza, że 24 WOG nie mógł skutecznie wydłużyć pierwotnie wyznaczonego terminu do złożenia dokumentów. Tym samym – w ocenie Odwołującego – pismo z dnia 6 grudnia 2022 r. należy uznać za wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ustawy Pzp, a również w nowym terminie tj. do dnia 9 grudnia 2022 r., ZPM ZAGŁOBA nie uzupełnił dokumentów, co oznacza, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c)

ustawy Pzp. Nadto zdaniem ZPM N., kolejne pismo Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2022 r. stanowi w istocie rzeczy drugie wezwanie do uzupełnienia informacji z KRK, co należy uznać za niezgodne z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis dopuszcza jednokrotną możliwość uzupełnienia dokumentu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 petitum odwołania ZPM N. wskazał, że w toku badania ofert, Zamawiający powziął wątpliwość, czy zaoferowana przez ZPM ZAGŁOBA cena w poz. nr 3, 19 i 54 formularza cenowego jest ceną rynkową umożliwiającą realizację zamówienia. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez ZPM ZAGŁOBA należy uznać za niewystarczające, a tym samym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona.

ZPM N. wskazał, że przedłożone wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi poz. nr 19 formularza cenowego, faktury VAT są całkowicie nieadekwatne dla asortymentu, którego cena miała zostać wyjaśniona, gdyż dotyczą podrobów wieprzowych, a nie konkretnie wątroby wieprzowej. Odwołujący zaznaczył, że wątroba wieprzowa jest wprawdzie podrobem, ale to tylko jeden z elementów tego zakresu. W związku z powyższym zdaniem Odwołującego równie dobrze przedstawione faktury VAT mogą dotyczyć takich podrobów jak płuca czy tchawica, które są tańszymi asortymentami. ZPM N. wskazał, że z ogólnodostępnych cenników wynika, że cena wątroby wieprzowej to 7,99 zł za kilogram, a nie 1,50 zł za kilogram, jak zaoferował ZPM ZAGŁOBA. Odwołujący podniósł również, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Tymczasem w wyjaśnieniach ZPM ZAGŁOBA znajdują się jedynie gołosłowne twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami (poza fakturami VAT, które nawet nie wiadomo czy dotyczą wątroby wieprzowej), o własnym uboju oraz kosztach (nie wiadomo jakich) mrożenia i magazynowania asortymentu, co ma uzasadniać wysokość zaoferowanej ceny.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że ZPM ZAGŁOBA zaoferował dostawę polędwicy wołowej (poz. nr 3 formularza cenowego) za cenę jednostkową 55,00 zł za kilogram, podczas gdy najtańsza cena za kilogram polędwicy wołowej, jaką ZPM N. zdołał ustalić, to 110,00 zł za kilogram, natomiast średnio ceny tego asortymentu kształtują się na poziomie 124,99 zł za kilogram. Odwołujący podkreślił przy tym, że jest to jedna z najistotniejszych pozycji w dostawach, gdyż 24 WOG przewidział dostawę na poziomie 10 000 kilogramów, co oznacza, że jest to 6 największa dostawa z asortymentu obejmującego łącznie 54 pozycji. Odwołujący zaznaczył, że ceny zaoferowane przez wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu są rynkowe i w podobnym przedziale poza poz. nr 3, 19 i 54 w ofercie ZPM ZAGŁOBY. W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że ZPM ZAGŁOBA musiał wykazać, że właśnie dla tych konkretnych pozycji, po jego stronie występują jakieś szczególne okoliczności, które pozwalały mu na zaoferowanie wskazanej ceny. ZPM Nowakowski podkreślił, że na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż cena w poz. nr 3 formularza cenowego ZPM ZAGŁOBA odbiega o ponad 50% od ceny zaoferowanej przez

Odwołującego, co powinno budzić uzasadnione wątpliwości 24 WOG przy uwzględnieniu, że pozostałe ceny (za wyjątkiem poz. nr 19 i 54), różnią się w bardzo niewielkim stopniu. Z kolei odnośnie poz. nr 54 formularza cenowego odwołujący zwrócił uwagę, że zaoferowana przez ZPM ZAGŁOBA cena w tej pozycji również nie nosi znamion ceny rynkowej. ZPM N. wskazał, że średnia cena za kilogram steka wołowego to 96,02 zł. Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia z dnia 23 grudnia 2022 r. w żaden sposób nie wyjaśniają skąd wzięły się ceny dla poz. nr 3 i 54 formularza cenowego i czy faktycznie obejmują one koszt produkcji, dostawy oraz zapewniają zysk. Nadto załączony dowód w postaci wykazu aktualnych cen w żaden sposób nie obrazuje kosztów produkcji asortymentu i – w ocenie Odwołującego – nie może stanowić dowodu potwierdzającego realność zaoferowanych cen. Odnośnie natomiast zarzutu nr 3 petitum odwołania ZPM N. z daleko posuniętej ostrożności podniósł, iż ZPM ZAGŁOBA winien być co najmniej wezwany do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla poz. nr 3, 19 i 54 formularza cenowego i złożenia rzetelnych wyliczeń oraz dowodów obrazujących koszt produkcji, opakowania i transportu tego asortymentu, jak również zakładany zysk.

9 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego 10 stycznia 2023 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzuty nr 1 i nr 2 petitum odwołania, natomiast podtrzymuje odwołanie w pozostałym zakresie tj. odnośnie zarzutów nr 3 i nr 4 petitum odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zama-

wiąjącego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Zakład Przetwórstwa Mięsnego ZAGŁOBA Z. Ł. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w miejsc. Grajewo (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku w 2023 r.: mięsa, tłuszczu i wędlin z mięsa czerwonego (zadanie nr 1) oraz mięsa i wędlin drobiowych (zadanie nr 2).

W Rozdziale V SWZ Zamawiający określił termin wykonania zamówienia na oba zadania tj. od dnia 2 stycznia 2023 r. do dnia 31 grudnia 2023 r.

Stosownie do treści Rozdziału XVII ust. 1-3 SWZ „1. Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego i opcjonalnego należy wyliczyć w załączniku nr 2/3 do niniejszej specyfikacji – „Zestawienie cenowe przedmiotu zamówienia”, a następnie przenieść do „Formularza ofertowego”. 2. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w złotych polskich cyfrowo oraz słownie, z wyodrębnieniem podatku VAT, do dwóch miejsc po przecinku. 3. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, w tym podatek VAT”.

W myśl postanowień Rozdziału III ust. 4 SWZ „CZĘSTOTLIWOŚĆ I SPOSÓB DOSTAW (DOTYCZY KAŻDEGO Z ZADAŃ): a. 2x w tygodniu: w poniedziałek i czwartek w godz. 8.00 – 12.00 do magazynów w Giżycku, Węgorzewie i Gołdapi; b. 3x w tygodniu: w godz. 8.00 – 12.00 w poniedziałek, środę i piątek do magazynów w Orzyszu i Bemowie Piskim, w trakcie szkoleń poligonowych według potrzeb odbiorcy, jednak nie częściej niż 6

razy w tygodniu. c. dostawy przedmiotu zamówienia będą realizowane w asortymencie, ilościach i terminach wskazanych każdorazowo przez Odbiorcę w zamówieniu oraz w opakowaniach przewidzianych w umowie - pod rygorem odmowy przyjęcia dostawy i dokonania zapłaty (...)"

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ (dalej: „wzór umowy”) „Wykonawca dostarczy towar do magazynów Odbiorcy wskazanych w załączniku nr 2 niniejszej umowy, bez dodatkowych opłat”.

Z kolei stosownie do brzmienia § 6 ust. 1 i 4 wzoru umowy „1. Asortyment dostarczany będzie na koszt Wykonawcy, środkiem transportu spełniającym wymagania określone w rozdziale IV załącznika nr II do rozporządzenia (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 29.04.2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych i 853/2004 w sprawie higieny w odniesieniu do żywności pochodzenia zwierzęcego (Dz. Urz. UE L 139 z 30.04.2004 r., z późn. zm.) w związku z ustawą z dnia 10.08.2006 r. o bezpieczeństwie żywności żywienia oraz zatwierdzonym do transportu żywności przez właściwą inspekcję (...) 4. Dostawa realizowana będzie do magazynów na terenie jednostek wojskowych: JW 2568 w Węgorzewie, JW 4352 w Giżycku, JW 2098 w Bemowie Piskim, JW 1460 w Orzyszu oraz JW 4808 w Gołdapi”.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia dla zadania nr 1 wynosi 19 762 468,00 zł.

W Postępowaniu dla zadania nr 1 zostały złożone trzy oferty:

- 1) wykonawcy Przedsiębiorstwo Przetwórstwa Mięsnego „KBS” sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Potoczyna za łączną cenę brutto 18 990 460,00 zł;
- 2) wykonawcy Zakład Przetwórstwa Mięsnego ZAGŁOBA Z.Ł. i Wspólnicy sp. j. z siedzibą w miejsc. Grajowo za łączną cenę brutto 19 322 100,00 zł;
- 3) wykonawcy Zakład Przetwórstwa Mięsnego N. sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Dąbrowa za łączną cenę brutto 20 287 604,00 zł.

W formularzu ofertowym Przystępujący oświadczył, że zaoferowana przez niego cena zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Ponadto w zestawieniu cenowym ZPM ZAGŁOBA wskazał:

- w poz. nr 3 (połędwica wołowa) cenę jednostkową netto 55,00 zł za kilogram (stawka VAT 0%);



- w poz. nr 19 (wątroba wieprzowa) cenę jednostkową netto 1,50 zł za kilogram (stawka VAT 0%);
- w poz. nr 54 (stek wołowy) cenę jednostkową netto 58,00 zł za kilogram (stawka VAT 0%).

Pismem z dnia 16 listopada 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał ZPM ZAGŁOBA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla poz. nr 19 formularza cenowego tj. wątroby wieprzowej, w tym do przedłożenia dowodów. Przystępujący zaoferował dostawę tego asortymentu w cenie 1,50 zł za kilogram, którą to cenę Zamawiający uznał za nierealną.

W wyjaśnieniach z dnia 17 listopada 2022 r. ZPM ZAGŁOBA wskazał, że posiada własny ubój, z którego uzyskuje znaczne ilości wątroby wieprzowej. Przystępujący zaznaczył, że średnia cena jaką otrzymywał w 2022 r. w przypadku sprzedaży hurtowej tego asortymentu oscylowała w granicy 1,50 zł. Przystępujący dołączył do rzeczonoego pisma dwie faktury VAT dotyczące sprzedaży m.in. podrobów wieprzowych.

14 grudnia 2022 r. 24 WOG poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 tj. wykonawcy ZPM ZAGŁOBA, a ponadto o odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Przetwórstwa Mięsnego „KBS” sp. z o.o. z siedzibą w miejsc. Potoczyna na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 grudnia 2022 r. 24 WOG wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny dla polędwicy wołowej (poz. nr 3 formularza cenowego) oraz steku wołowego (poz. nr 54 formularza cenowego).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie ZPM ZAGŁOBA poinformował Zamawiającego, że posiada własny ubój i rozbiór wieprzowy oraz wołowy, z którego pozyskuje surowce do produkcji i handlu. Przystępujący podkreślił, że uzyskane mięso jest świeże i wychłodzone, co wpływa na zmniejszenie kosztów produkcji i magazynowania oraz, iż przy kalkulacji ceny za polędwicę wołową świadomie zakłada minimalny zysk. Odnosząc się natomiast do steków ZPM ZAGŁOBA wskazał, że produkowane są tylko na życzenie klienta według jego konkretnych wytycznych. Cena produktu jest uzależniona od ilości zamówienia oraz sposobu przygotowania i jest ustalana indywidualnie. Do rzeczonych wyjaśnień Przystępujący załączył aktualny cennik produktów wołowych obowiązujący w jego zakładzie.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1 i nr 2 petitum odwołania z uwagi na ich wycofanie przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Z kolei stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: 1) cofnięcia odwołania (...)”. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał Odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że Odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już zarzutów nr 1 i nr 2 petitum odwołania, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem Odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Izba uznała natomiast, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie podtrzymanego zarzutu nr 3 petitum odwołania.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) 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 z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. 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 (...).

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...);

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (..).

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy Izba wskazuje, że w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Nie ulega więc wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Podkreślić trzeba, iż zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Należy zauważyć, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „(...) zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (...)”, a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest także art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, wskazujący na konieczność odrzucenia oferty „(...) jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (...)”.

Izba stwierdziła, że Przystępujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w konsekwencji czego oferta wykonawcy ZPM ZAGŁOBA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy Izba uznała, iż wyjaśnienia Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny są nierzetelne, niewystarczające i nieza-

sadniające cen podanych w zestawieniu cenowym w poz. nr 3,19 i 54. Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie. Wyjaśnienia cechowały się dużym poziomem ogólności, nie wskazywały na wyliczenie wszystkich elementów wpływających na zaoferowane ceny i nie zawierały dowodów pozwalających obalić domniemanie rażąco niskiej ceny.

Przede wszystkim należy zauważyć, że wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny w żaden sposób nie tłumaczą skąd wzięły się ceny asortymentu z poz. nr 3,19 i 54 zestawienia cenowego – polędwicy wołowej, wątroby wieprzowej i steku wołowego, a także czy faktycznie obejmują one koszty: produkcji, opakowania oraz transportu wskazanego asortymentu, jak również zakładany zysk. ZPM ZAGŁOBA wskazał, że posiada własny ubój i rozbiór wieprzowy oraz wołowy, z którego pozyskuje surowce do produkcji i handlu, a zatem powinien wykazać jaki jest koszt skupu żywca, a także koszt jego rozbiórki i obróbki. Dodatkowo dostarczane mięso powinno być odpowiednio opakowane zgodnie z wymaganiami 24 WOG określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ, a także dostarczone do magazynów żywności wskazanych w Rozdziale III ust. 4 SWZ środkami transportu spełniającymi wymagania, o których mowa w § 6 ust. 1 wzoru umowy. Nadto należy podkreślić, że niewątpliwie powyższe czynności wymagają zaangażowania pracowników, jednak takie koszty również zostały pominięte przez Przystępującego w złożonych wyjaśnieniach.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych wraz z wyjaśnieniami tj. faktur VAT ze sprzedaży podrobów wieprzowych, słusznie wskazał Odwołujący, że nie wynika z nich jaki konkretnie asortyment został ujęty pod poz. „podroby wieprzowe”. Co więcej, trafnie podniósł ZPM N., że nie można również uznać za dowód wystarczający i potwierdzający realność zaoferowanych cen aktualnego cennika produktów wołowych obowiązujących w zakładzie Przystępującego.

Izba zauważa, że to na wykonawcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, spoczywa obowiązek przekonania zamawiającego, iż cena podana w ofercie lub koszt (bądź ich istotne części składowe) obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ponadto zawiera zysk. Tym samym, stwierdzić należało, iż Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień powinien złożyć Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia dotyczące każdego aspektu ceny z poz. nr 3, 19 i 54 zestawienia cenowego wpływającego na jej wysokość. Nie jest możliwe pomijanie jakiegokolwiek elementu, który w następstwie dokonanej oceny powodowałby uznanie, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską.

W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, że Przystępujący nie kwestionował zasadności wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wobec czego powinien wykazać, że zaoferowane istotne części składowe ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, w odpowiedzi na otrzymane wezwania.

Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 kwietnia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 681/17 stwierdziła, że: „(...) Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty (...)” (por. wyrok KIO z dnia 20 lutego 2019 r. o sygn. akt KIO 190/19). Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06, niepubl.) uznał, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Mając na uwadze ugruntowany pogląd wyrażany w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych, zgodnie z którym sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania, nie poparte dowodami, nie pozwalające na ustalenie czy cena została skalkulowana prawidłowo, jest w zasadzie analogiczna do sytuacji wykonawcy, który zaniechał złożenia wyjaśnień, należało stwierdzić, że oferta wykonawcy ZPM ZAGŁOBA winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przystępujący bowiem dla żadnej z pozycji, o którą pytał 24 WOG nie złożył rzetelnych wyjaśnień pozwalających na ustalenie czy zaoferowana cena jest realna.

Ponadto odnosząc się do licznych dowodów złożonych przez ZPM ZAGŁOBA na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności dowodów nr 1-4 na okoliczność wykazania możliwości produkcyjnych Przystępującego i realizowania przez niego umów z dużymi partnerami handlowymi, jak również do przedstawionych podczas rozprawy wyjaśnień w zakresie kosztów transportu, należy je uznać za spóźnioną próbę wykazania, że zaoferowane ceny w poz. nr 3, 19 i 54 zestawienia cenowego nie są rażąco niskie. Koniecznym jest podkreślenie, że postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z tymi wyjaśnieniami. Kognicja Izby ogranicza się bowiem do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione (por. wyrok KIO z dnia 24 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 262/20). Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 3 grudnia 2018 r. (sygn. akt V Ca 795/18, niepubl.) stwierdził, że rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. (obecnie 244 ust. 1 ustawy Pzp), skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym,

w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego (skarżącego) przed Izbą. Składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed Krajową Izbą Odwoławczą nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani przez sąd. Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą (por. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2019 r. o sygn. akt KIO 2332/19 oraz wyrok KIO z dnia 6 listopada 2020 r. o sygn. akt KIO 2687/20).

W tym miejscu należy wskazać, że Izba odniosła się do rozpoznawanego zarzutu nr 3 petitum odwołania w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca mu argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi wraz z oceną prawną. Podkreślenia wymaga, że na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej we wstępnej części odwołania, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, opisanych w zaprezentowanej argumentacji. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa bowiem ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Odnosząc się z kolei do zarzutu nr 4 petitum odwołania, który został postawiony na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów nr 1 i nr 3 petitum odwołania, Izba wskazuje, że wobec uwzględnienia podtrzymanego przez Odwołującego zarzutu nr 3 petitum odwołania, zarzut nr 4 petitum odwołania jako ewentualny nie podlegał rozpoznaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....