

Sygn. akt: KIO 1730/21

**WYROK**  
**z dnia 27 lipca 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**  
**Protokolant: Szymon Grzybowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 22 lipca 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2021 roku przez wykonawcę **Millano Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Przeźmierowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **UNION CHOCOLATE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słonsku Dolnym**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**,

A. wykonawcy „**TERRAVITA**” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** , zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Millano Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Przeźmierowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Millano Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Przeźmierowie** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy **Millano Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Przeźmierowie** na rzecz zamawiającego – **Skarbu Państwa – Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie** kwotę

**3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), 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**

Zamawiający – Skarb Państwa – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa pakietów czekolady dla zrównoważenia wysiłku energetycznego dla Honorowych Dawców Krwi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 czerwca 2021 roku wykonawca Millano Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Przeźmierowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od:

- 1) zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy P.z.p., w postaci braku odrzucenia oferty wykonawcy, tj. TERRAVITA Sp. z o.o. w Poznaniu (dalej: przystępujący TERRAVITA), pomimo iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej "s.w.z.");
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p., podjętej w postępowaniu przez zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej ww. oferty podlegającej odrzuceniu;
- 3) zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy P.z.p., w postaci braku wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego TERRAVITA jako niezgodnej z treścią s.w.z;
- b) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego TERRAVITA, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- c) art. 323 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty przystępującego TERRAVITA podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty; 2) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty przystępującego TERRAVITA;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na ponownym badaniu i ocenie ofert;
- 4) nakazanie zamawiającemu wykonania czynności polegającej na wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów złożonych w toku przedmiotowego postępowania przez przystępującego TERRAVITA dotyczących czekolady deserowej na okoliczność niezgodności parametrów jakościowych tej czekolady z wymogami s.w.z.;
- 2) przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego technologa żywności na okoliczność niezgodności parametrów jakościowych ww. czekolady deserowej z wymogami s.w.z.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 22 lipca 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: UNION CHOCOLATE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Słońsku Dolnym (po stronie odwołującego) oraz „TERRAVITA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (po stronie zamawiającego). Przystępujący UNION CHOCOLATE poparł odwołanie i wniósł o jego uwzględnienie, natomiast przystępujący TERRAVITA poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający w rozdziale VIII „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. 1.2 Tabela poz. 2 s.w.z. zawarł wymagania dotyczące oferowanej czekolady twardej deserowej z dodatkami:

„Czekolada twarda z zawartością suchej masy kakaowej od 40% do 45% (tzw. deserowa) z dodatkami:

1. owoców np. morele, maliny, rodzynki (w ilości nie mniej niż 8%) – 1 szt.
2. orzechów – włoskie lub laskowe (w ilości nie mniej niż 15%) – 1 szt.
3. wiórków kokosowych (w ilości nie mniej niż 18%) – 1 szt.

Maksymalna ilość cukru 48 g w 100 g produktu”.

Potwierdzenie spełnienia wyżej wymienionego wymagania następowalo poprzez:

- wpisanie informacji o oferowanym produkcie w formularzu ofertowym;
- złożenie wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci specyfikacji jakościowej oferowanego produktu – zgodnie z rozdziałem VIII pkt. 3.3 s.w.z.:

3.3. Specyfikacje jakościowe oferowanych produktów (dotyczy każdego zaoferowanego gatunku czekolady) – opis produktu sporządzony przez jednostkę kontroli jakości lub dział technologiczny zawierający m.in. opis wyrobu, wykaz składników, parametry fizykochemiczne, wartość odżywcza i kaloryczność w 100 g produktu, okres przydatności do spożycia, warunki przechowywania i warunki transportu, zawartość masy kakaowej w % (informacje zawarte w specyfikacji jakościowej muszą być tożsame z informacjami zawartymi na opakowaniu czekolady oraz z informacjami wpisanymi do formularza ofertowego).

Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli przedmiotowe środki dowodowe tego samego rodzaju – tj. specyfikacje jakościowe oferowanych produktów.

Przystępujący TERRAVITA zaoferował produkt „CZEKOLADA DESEROWA 45% Z RODZYNKAMI (12%), TERRAVITA Sp. z o. o.”. Czekolada ta, wg specyfikacji producenta złożonej w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, składa się z: "cukier, miazga kakaowa, rodzyнки (12%), tłuszcz kakaowy, kakao w proszku o obniżonej zawartości tłuszczu, emulgatory: lecytyny (z soi), E476; aromat. Masa kakaowa 45%. Może zawierać mleko, zboża zawierające gluten (pszenica, jęczmień), orzeszki arachidowe, migdały, orzechy laskowe i orzechy nerkowca."

*Stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji warunków zamówienia oraz oferty przystępującego TERRAVITA wraz ze specyfikacją jakościową produktu.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

W przedmiotowej sprawie istotna jest okoliczność, że zamawiający wymagał, by potwierdzeniem rodzaju i ilości składników wchodzących w skład oferowanego produktu była specyfikacja jakościowa czekolady. Specyfikacja ta była zatem oświadczeniem producenta w zakresie wymagań dotyczących produktu. Zamawiający nie wymagał żadnego innego środka dowodowego, w tym w szczególności – żadnych informacji dotyczących technologii produkcji zaoferowanej czekolady.

O ile, w ocenie odwołującego, środek dowodowy w postaci specyfikacji jakościowej, nie był wystarczającym potwierdzeniem spełniania warunku w zakresie wymaganego składu produktu, mógł on – w stosownym terminie – wnieść odwołanie na treść specyfikacji warunków zamówienia. Wobec braku takiego odwołania stwierdzić należy, że wykonawcy zaakceptowali treść specyfikacji i zawarte w niej postanowienia są zarówno dla nich, ja i dla zamawiającego wiążące.

Z uwagi na powyższe przyjąć należy, że zamawiający winien był oceniać oferty pod kątem składu czekolady wyłącznie na podstawie informacji zawartych w specyfikacji jakościowej produktu. W związku z tym, że przystępujący TERRAVITA w swojej specyfikacji wskazał informacje potwierdzające wymagany skład produktu, zamawiający zasadnie ocenił jego ofertę jako spełniającą wymogi s.w.z. w tym zakresie.

Odnosząc się do argumentów odwołania, jakoby skład zaoferowanej przez przystępującego TERRAVITA czekolady nie odpowiadał wymogom s.w.z., co odwołujący stwierdził na podstawie dokonanych przez siebie obliczeń arytmetycznych, Izba wskazuje, że zastosowany przez odwołującego schemat obliczeń nie wynika z powszechnie obowiązujących przepisów czy też wytycznych uprawnionych organów, ale stanowi autorski pogląd odwołującego, wyinterpretowany z Dyrektywy 2000/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 czerwca 2000 roku odnoszącej się do wyrobów kakaowych i czekoladowych przeznaczonych do spożycia przez ludzi. Nie może zatem stanowić wzorca obowiązującego w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że zamawiający nie wskazał żadnego wzorca ani też schematu, na podstawie którego on sam bądź wykonawcy mieliby weryfikować prawidłowość danych wskazanych w specyfikacji jakościowej produktu. Nie może zatem na etapie oceny ofert przyjmować za właściwy wzorzec zaproponowany przez odwołującego, który – jak to już wyżej wskazano – nie jest wzorcem ogólnie obowiązującym. Ponadto wątpliwości budzą przyjęte przez odwołującego wartości, które nie zostały przez niego w żaden sposób udowodnione, np. zawartość cukru w rodzynekach (wskazana przez odwołującego na poziomie 59%) czy zawartość cukru w składnikach kakaowych (0,5%).

Odwołujący uzasadnił przyjęte wartości jedynie swoją wiedzą, co nie może zostać uznane za wystarczające dla oceny zasadności zarzutu.

Izba stwierdziła, że zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą złożył dowód w postaci wyliczenia składu procentowego suchej masy kakaowej w czekoladzie zaoferowanej przez odwołującego, w oparciu o metodę przedstawioną w odwołaniu. W dokonanej analizie zamawiający wywodził, że dokonane wyliczenia wskazują, że również czekolada zaoferowana przez odwołującego nie spełnia wymogów ustanowionych w postępowaniu. Zamawiający podnosił, że – wykorzystując metodykę wyliczenia przedstawioną w odwołaniu – równie dobrze można kwestionować ofertę odwołującego, jak i innych wykonawców. Izba wskazuje, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do analizy dokonanej przez zamawiającego i nie podjął żadnych prób obrony dokonanych przez siebie wyliczeń. Tym samym Izba odmówiła wiarygodności metodyce zastosowanej przez odwołującego w odwołaniu.

Izba postanowiła również oddalić wniosek dowodowy odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego technologa żywności na okoliczność niezgodności parametrów jakościowych ww. czekolady deserowej z wymogami s.w.z. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 541 ustawy P.z.p. Izba odmawia przeprowadzenia dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby dowód z opinii biegłego został powołany jedynie dla zwłoki. Izba podkreśla, że odwołujący oparł zarzuty odwołania na własnej autorskiej metodzie wyliczenia składu procentowego czekolady zaoferowanej przez przystępującego TERRAVITA i nie odniósł się do stanowiska zamawiającego wywodzącego, że na podstawie tej metody można również kwestionować produkt zaoferowany przez odwołującego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 października 2011 roku, konieczność powołania biegłego powinna wynikać z okoliczności konkretnej sprawy, a nie z samego niezadowolenia strony (sygn. akt: KIO 2043/11).

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....