

Sygn. akt: KIO 357/23

WYROK
z dnia 22 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2023 r. przez wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdańska -Dom Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** i
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi**, 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 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

Zamawiający – Gmina Miasta Gdańska - Dom Pomocy Społecznej Orunia w Gdańsku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego postępowania prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „ŚWIADCZENIE USŁUG GASTRONOMICZNYCH DLA DOMU POMOCY SPOŁECZNEJ ORUNIA w Gdańsku ul. Starogardzka 20”, nr referencyjny: DPS.AG.202.2022. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 21 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00023821/01/P.

W dniu 8 lutego 2023 r. wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj.:

- a. odrzucenie oferty Odwołującego;
- b. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

1) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 266 Pzp** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. Z uwagi na niezgodności jadłospisów Odwołującego z SWZ;

2) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) Pzp** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na sporządzenie Formularza Ofertowego według wzoru załączonego do SWZ, w którym to wzorze Zamawiający błędnie określił termin wykonania zamówienia, w sytuacji gdy brak modyfikacji przez Odwołującego Formularza Ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia, stanowi oczywistą omyłkę pisarską (względnie inną oczywistą omyłką polegającą na niezgodności oferty z warunkami zamówienia), którą Zamawiający winien był poprawić;

3) art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
3. poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej (względnie innej oczywistej omyłki polegającą na niezgodności oferty z warunkami zamówienia) w Formularzu Ofertowym złożonym przez Odwołującego poprzez zmianę terminu wykonania zamówienia z 28 miesięcy na 22 miesiące;
4. dokonania czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że:

W dniu 21 grudnia 2022 roku Zamawiający wszczął trybie prowadzonym podstawowym bez negocjacji poniżej kwoty wartości zamówienia określonej w przepisach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług gastronomicznych dla domu pomocy społecznej Orunia.

W postępowaniu zostały złożone 2 oferty, w tym oferta złożona przez Odwołującego.

W dniu 1 lutego 2023 roku Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zamawiający wskazał, że jadłospisy załączone przez Odwołującego do oferty zawierają następujące niezgodności z SWZ:

- 1) Odwołujący zaoferował w jadłospisie letnim i zimowym na kolację kakao po pięć razy na dekadę;
- 2) Odwołujący nie wskazał w przedstawionych jadłospisach parametrów zawartości tłuszczu w mleku;
- 3) Odwołujący w jadłospisie zimowym przewidział sałatę ze śmietaną na obiad oraz sałatę na śniadanie jako dodatek warzywny;
- 4) Odwołujący przewidział w jadłospisie letnim i zimowym 2 sztuki jaj gotowanych na śniadanie, podając gramaturę 100g.
- 5) Odwołujący przedstawił ofertę na 28 miesięcy.

Z zarzutami Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić.

Ad. 1

Zgodnie z Rozdziałem III –Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 20:

*„Zamawiający wymaga podawania zup mlecznych **w porze śniadania** 3 razy/dekadę. W pozostałe dni dekady powinien być dodatek mleczny: kakao (2 razy/dekadę), kawa zbożowa (2 razy/dekadę) , jogurt/serek homogenizowany (2 razy/dekadę) i 3l mleka wydane dla każdej grupy raz/dekadę.”*

Zamawiający nie określił ograniczeń dla podawania dodatków mlecznych (w tym dla kakao) na kolację. Ograniczenie kakao do 2 razy na dekadę, dotyczy jedynie śniadania, a nie kolacji. Postanowienie punktu 20. Nie odnosi się do kolacji.

W żadnym miejscu specyfikacji czy załącznikach do niej nie było wymogów odnośnie napojów, jakie Wykonawca ma serwować na kolację.

Ad. 2.

Zgodnie z Rozdziałem III - Opis przedmiotu zamówienia, pkt.21 SWZ Zamawiający wymagał zachowania gramatury produktów w granicach „ *mleko nie mniej niż 250 ml o zawartości tłuszczu 2%*”.

Jednak Zamawiający nie wymagał podawania w jadłospisach wszystkich informacji o stosowanych produktach. Zgodnie z rozdziałem VI SWZ, pkt. 4 lit. f), jadłospisy miały zostać sporządzone w następujący sposób:

„Na potwierdzenie, że oferowana przez Wykonawcę usługa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą, oferowane przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, dekadowe dwa jadłospisy dla diety podstawowej (normalnej) z różnych pór roku (zima i lato), w których zawarte będą następujące dane: nazwa posiłku, gramatura gotowego posiłku z podziałem na części składowe.”

Jadłospisy Odwołującego zawierały informacje zgodne z wymaganiami Zamawiającego. W żadnym miejscu SWZ, czy w załącznikach do niej Zamawiający nie informował, iż Wykonawca ma w jadłospisach zawrzeć informacje takie, jak parametry zawartości tłuszczu w

mleku. Stąd też zarzut Zamawiającego odnośnie nie podania w jadłospisach parametrów zawartości tłuszczu w mleku jest bezzasadny. Zamawiający nie może zarzucać wykonawcy niepodania informacji, których Zamawiający nie wymagał.

Ad. 3.

Zgodnie z Rozdziałem III SWZ –Opis przedmiotu zamówienia, pkt 15, Zamawiający wymagał od Wykonawców uwzględnienia „w *jadłospisach potrawy sezonowe oraz owoce i warzywa*”.

Po pierwsze, wskazać należy, że obowiązek sezonowości dotyczył potraw, a nie owoców i warzyw.

Po drugie, Zamawiający myli się wskazując, że sałata jest warzywem sezonowym, występującym jedynie w sezonie wiosenno-letnim. W Polsce dostępne są różne gatunki sałat, w tym sałata lodowa (zwana kruchą), która jest dostępna przez cały rok (również zimą).

Po trzecie, Zamawiający nie określił częstotliwości podawania niektórych warzyw i owoców (tak jak to zrobił w przypadku dodatków mlecznych podawanych na śniadanie). Zatem niezasadny jest zarzut braku urozmaicenia jadłospisu Odwołującego. Na marginesie, należy wskazać, że sałata z jogurtem została przewidziana jedynie jako element obiadu w dniu 1., natomiast sałata ze śmietaną w dniu 7. (w obu jadłospisach). Takiej częstotliwości występowania sałaty nie sposób uznać za naruszenie obowiązku urozmaicenia potraw.

Ad. 4.

Zgodnie z Rozdziałem III SWZ –Opis przedmiotu zamówienia, pkt. 21 punkt siódmy, Zamawiający wymagał zachowania gramatury produktów w granicach: „jajko nie mniej niż 2 sztuki klasy "L" ”.

Odwołujący przewidział w jadłospisie letnim jak i zimowym na śniadanie w dniu piątym: „jajko got. 100g (2szt.)”.

Jak jednoznacznie wynika z ww. zapisu gramatura zaproponowanego jajka (jednego) wynosi 100g, a Wykonawca zaproponował 2 sztuki, a więc łącznie 200g.

Zaproponowana przez Wykonawcę gramatura jajka -100g –jest to gramatura jajka klasy XL wraz ze skorupką, a zgodnie z rozporządzeniem przytoczonym przez samego Zamawiającego <(Rozporządzenie Komisji WE nr 589/2008 z dnia 23 czerwca 2008r. ustanawiające

szczegółowe zasady wykonywania rozporządzenia Rady (WE) nr 1234/2007 w sprawie norm handlowych w odniesieniu do jaj (ostatnia zmiana: DUUEL. z 2017r., Nr306, poz. 6) Klasyfikacja jaj klasy A według masy> jajo klasy XL mieści się w gramaturze powyżej 72g. Rozporządzenie nie informuje jaką maksymalną wagę ma mieć jajo przynależące do klasy XL.

Dlatego też zarzut Zamawiającego odnośnie niewłaściwej gramatury jaj jest również bezzasadny. Gramatura jaj z klasy XL może być zróżnicowana, tj. 72g i powyżej, stąd też Zamawiający nie może zarzucić Wykonawcy niewłaściwie zaproponowanej gramatury jaja, skoro sam wymagał jaj o klasie nie mniejszej niż „L”.

Ad. 5.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 5 jako niezgodną z warunkami zamówienia.

Zamawiający przewidział w rozdziale X SWZ, pkt 3, obowiązek złożenia oferty na Formularzu Ofertowym -zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ.

Wykonawca złożył ofertę na Formularzu Ofertowym zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Formularz Ofertowy nie był w trakcie postępowania modyfikowany. Skoro Zamawiający sporządził Formularz Ofertowy wadliwie, tj. w sposób niedostosowany do warunków niniejszego postępowania, to nie ewentualne niezgodności nie powinny obciążać wykonawcę, który złożył ofertę na tym Formularzu Ofertowym. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie przewidział możliwości samodzielnego określenia przez wykonawcę okresu realizacji zamówienia. Skoro z rozdziału IV punkt 2 SWZ wynika, że „umowa w sprawie realizacji zamówienia zostanie zawarta na 22 miesięcy”, to składając ofertę Odwołujący zaakceptował termin realizacji zamówienia.

Ponadto oferta Wykonawcy A. N. Handel Hurtowy Art. Rolno-Spożywczy „APENA” została złożona na takim samym Formularzu Ofertowym (bez modyfikacji w zakresie oświadczenia o terminie wykonania zamówienia. Zamawiający nie odrzucił oferty tego wykonawcy z tego powodu.

Podkreślenia wymaga, że niezgodność wykazana przez Zamawiającego wynikała z błędów popełnionych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Zatem niezgodność ta nie mogą mieć negatywnych konsekwencji dla wykonawcy(*por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 432/20*). Niezgodność ta mogła zostać usunięta w drodze

wykładni oświadczenia woli Odwołującego. Skoro Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a nadto w Formularzu Ofertowym było oświadczenie, że „zapoznałem się z warunkami postępowania określonymi w Ogłoszeniu i przyjmuję je bez zastrzeżeń”, to oczywistym jest, że Odwołujący zaakceptował termin wykonania zamówienia określony rozdziale IV punkt 2 SWZ.

Ponadto, jeśli Zamawiający uznał, że oferta zawiera niezgodność, to winien ją zakwalifikować jako oczywistą omyłkę pisarską (w zasadzie to własną), ewentualnie jako inną oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty z warunkami zamówienia, podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego.

Odwołujący nie dostrzegł błędu Zamawiającego modyfikację, jednakże przygotował i złożył ofertę, co oznacza, iż był zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Należało zatem założyć, że celem Odwołującego było przygotowanie oferty zgodnej z SWZ, a zaistniała niezgodność musiała być zatem wynikiem omyłki (*por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2017r., sygn.akt KIO 535/17*).

W konsekwencji Zamawiający wadliwie unieważnił postępowanie, czego nie powinien był uczynić, skoro oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona.

W świetle powyższego, Odwołujący wnioskuje o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 lutego 2023 r. (pismo z dnia 10 lutego 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości wobec zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, a także podnosił kumulatywne zaistnienie przesłanek do unieważnienia postępowania wobec zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7.

Zamawiający wskazał, że:

Ad. I. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby Zamawiający określił ilość produktów mlecznych wyłącznie w stosunku do śniadań. Zamawiający nie napisał, jak to określił Odwołujący: „w pozostałe dni dekady do śniadania”. Zamawiający, w nowym zdaniu, nie dotyczącym śniadań wskazał, jakiej ilości (ile razy / na dekadę) wymaga w określonym zakresie czasowym. Gdyby Zamawiający chciał odnieść swoje

wskazania wyłącznie do śniadań, ujął by powyższy zapis tak jak zrobił to w przypadku obiadów:

„Zamawiający wymaga, aby do obiadów podawane były” lub „codzienne obiady muszą składać się z”, jak uczynił to w ustępach 17 i 18 Opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym, należy podkreślić, że Zamawiający bardzo precyzyjnie określił ilość wymaganych napojów mlecznych, a Odwołujący tą ilość przekroczył. Co więcej, Odwołujący dopuścił się także przekroczenia ilości jogurtów/serków homogenizowanych na dekadę, w jadłospisie zimowym, oferując 2 x jogurt w dniach 1 i 5 oraz serek w dniu 7. W jadłospisie letnim nie popełnił już tego błędu co wskazuje, iż wówczas trzymał się ściśle wymogów Zamawiającego.

Przyjmując określoną ilość napoi danego typu, Zamawiający uwzględnił zapotrzebowanie mieszkańców, a także chciał uniknąć nadmiernej podaży produktów z zawartością laktozy, co wpływa z jednej strony na ciężkostrawność posiłku, a z drugiej na jego koszt.

Niewątpliwie koszt podania 3 razy herbaty do której wykorzystuje się tanią herbatę granulowaną i wodę jest znacząco niższy, niż w przypadku użycia tej samej ilości mleka 2% oraz kakao.

Nie ma także znaczenia, iż w innych miejscach specyfikacji Zamawiający nie wskazał wymogów odnośnie napojów serwowanych na kolację. Intencją Zamawiającego było ściśle uregulowanie ilości zup i napojów nabiałowych, tak, by była ich wymagana ilość, ale jednocześnie, by ilość ta nie była przekraczana. W tym celu Zamawiający podał konkretną liczbę -zapis tego rodzaju nie może być dowolnie interpretowany, skoro jest ujęty ściśle oraz wprost. Zresztą Zamawiający nie napisał w SWZ „co najmniej” lub „najmniej” 2 razy na dekadę kakao, chociaż w innych miejscach w specyfikacji używał tego rodzaju sformułowań, np. zaraz poniżej wymagań co do napojów nabiałowych, w ust. 21 – „ser żółty nie mniej niż 50 g”, „masło roślinne nie mniej niż 20 g”.

Ponadto, Odwołujący musiał mieć świadomość, że wymóg jogurtów nie był ograniczony do śniadań, jako że w SWZ w Opisie przedmiotu zamówienia w ust. 23 Zamawiający wskazał, że jednym z możliwych komponentów II śniadania jest także jogurt.

Ad. 2.

Obowiązkiem Odwołującego było takie sporządzenie jadłospisu, który odzwierciedlałby wymagania Zamawiającego wyrażone w SWZ. Zamawiający, w wymogach zamówienia wskazał m.in. iż wymaga podawania past różnych nie mniej niż 60 g, mleka o zawartości tłuszczu 2%, masła śmietankowego o zawartości tłuszczu nie mniej niż 82% zawsze do kolacji, wędlin o zawartości mięsa minimum 70%. Odwołujący, wskazał w swoich jadłospisach dekadowych, jakiego rodzaju pasty sporządza, że korzysta z masła 82% do kolacji, że skład wędlin stanowi minimum 70% mięsa – ze wskazaniem nazw wędlin. To pozwoliło Zamawiającemu na prawidłową kontrolę oferty. Wykonawca jednak nie wskazał, jakie mleko proponuje, podczas gdy różnica między mlekiem 0% a 2% jest znaczna – są to w zasadzie 2 różne produkty. W przeciwieństwie do mlek odłuszczonego, mleka tłuste zawierają większą ilość witamin A, D, E – mleko 0 i 0,5% w ogóle nie zawiera wit. D, niezwykle ważnej w diecie mieszkańców DPS i profilaktyce osteoporozowej. Z tego względu Zamawiający podkreślił, jakiego mleka wymaga. W przekonaniu Zamawiającego, jeśli wymaga on produktu spełniającego określone kryteria (np. rozer górski, mleko tłuste/2%) należącego do szerszego zbioru, nie wystarczy, że Wykonawca przedstawi mu nazwę szerszego zbioru (np. rozer, mleko), ponieważ nie daje mu to możliwości weryfikacji zaproponowanego produktu. Jednocześnie, wbrew zarzutowi Odwołującego, Zamawiający nie mógł poprosić go wyjaśnienia w tym zakresie – jako że wybór określonego rodzaju mleka wpływa na jego cenę, a tym samym koszt wykonania zamówienia. Poza tym, jak zostało wyjaśnione, mleko tłuste jest konkretnym, zamówionym produktem i stąd konieczność przedstawienia pełnej nazwy.

Ad. 3.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Wykonawcy według którego sezonowość wymagana przez Zamawiającego odnosi się do potraw, a nie warzyw i owoców. „Sezonowy” znaczy tyle co „występujący w określonym czasie, czasowy, okresowy”. W stosunku do jedzenia w Polsce określenia „sezonowy” używamy co do zasady tylko w stosunku do owoców i warzyw, jako, że oprócz pojedynczych wyjątków nie mamy do czynienia z sezonowością mięsa, serów, owoców morza.

Co więcej, Odwołujący pomija, iż głównym zarzutem Zamawiającego był brak urozmaicenia jadłospisów. Nie bez przyczyny Zamawiający żądał przedłożenia jadłospisu dekadowego letniego oraz zimowego – chciał w ten sposób sprawdzić, czy jedzenie oferowane mieszkańcom będzie różnorodne, dopasowane do pór roku.

Według Słownika Języka Polskiego „urozmaicać” znaczy tyle co „wprowadzić różnorodność, uczynić coś atrakcyjnym, mniej monotonnym; uatrakcyjnić, zróżnicować”.

Tymczasem, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu prawie bliźniacze wersje jadłospisu letniego i zimowego, wprowadzając jedynie nieznaczne modyfikacje z warzywach dodawanych do zup (zupa brokułowa z makaronem lub porowa z makaronem), ewentualnie zamieniając ogórka na cykorię lub rzodkiew. Dalekim nieporozumieniem i przemilczeniem jest wskazywanie, że Zamawiającemu chodziło jedynie o sałatę. W załączniku zaznaczono potrawy lub główne składniki posiłków powtarzających się w jadłospisie letnim i zimowym. **Odwołujący nie zadał sobie nawet trudu „wymieszania” posiłków w jadłospisie dekadowym - danie z 1 dnia jadłospisu letniego jest odzwierciedlone 1 dnia jadłospisu zimowego i tak dalej. Rodzi to poważną obawę, że Odwołujący ma bardzo skromną ilość zakładanych posiłków (10), a kolejne obiady stanowią ich powtórzenia, przy zmianie jedynie surówki lub dodanego warzywa.**

Obrazując powyższy problem, porównując te same dania i główne produkty w określonym dniu jadłospisu letniego i zimowego:

dzień 1) **powtarza się śniadanie, zupa i drugie danie** (krupnik, udko kurczaka pieczone, sałata z jogurtem, sur. z czerwonej kapusty), **kolacja** (pasta rybna);

dzień 2) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (ser żółty, szynka drobiowa, jabłko), **obiad** (naleśniki z serem, surówka z marchwi i selera), **kolacja** (sałatka z kurczakiem, szynka wieprzowa);

dzień 3) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (pasta jajeczna, kisiel), **obiad** (jarzynowa z ziemniakami, kasza gryczana, schab gotowany), **kolacja** (parówki na ciepło);

dzień 4) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (twarożek, polędwica złotopolska, drożdżówka z serem), **obiad** (pierogi z serem, surówka z pora i jabłka), **kolacja** (kurczak w galarecie);

dzień 5) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (jajko gotowane, galaretka z owocami), **obiad** (naleśniki z serem, surówka z marchwi i selera), **kolacja** (sałatka z kurczakiem, szynka wieprzowa);

dzień 6) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (polędwica sopocka, pasta twarogowa, budyń), **obiad** (makaron, bitka wieprzowa, sos jarzynowy), **kolacja** (szynka włoska);

dzień 7) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (pasta z wędliny drobiowej, serek homogenizowany, jabłko), **obiad** (rosół, filet z kurczaka panierowany, sałata ze śmietaną)- jest to jedyny przypadek , gdy nie powiela się kolacja;

dzień 8) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (ser żółty, filet maślany, kisiel), **obiad** (ryba pieczona, kasza jęczmienna), **kolacja** (ser biały);

dzień 9) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (serek granulowany, drożdżówka z serem),

obiad (placki ziemniaczane ze śmietaną), **kolacja** (jajecznicza na ciepło);

dzień 10) **powtarza się śniadanie i II śniadanie** (pierś miodowa, ser biały, galaretka z owocami), **obiad** (ryba po grecku, ryż, surówka z kapusty włoskiej), **kolacja** (pasta mięsna wieprzowa).

Nie można mówić o jakimkolwiek urozmaiceniu, jeśli porównanie dwóch jadłospisów dekadowych prowadzi do wniosku, że Odwołujący jedynie raz zaproponował odmienną kolację niż w „bliźniaczym jadłospisie”, natomiast wszystkie inne śniadania, II śniadania, obiady i kolacje praktycznie się nie różniły.

Podkreślić także należy, że Odwołujący sam wskazuje w odwołaniu Ad. 3, że obowiązek sezonowości dotyczy potraw, a nie owoców i warzyw, a jego potrawy były takie same, a więc konsekwentnie przyjmując interpretację Odwołującego, nie wykazał on sezonowości potraw.

Ad. 4.

Odwołujący wprost przyznaje, iż zaproponował Zamawiającemu jajka innej klasy wagowej, a mimo to nie dostrzega niezgodności z zapisami SWZ. Jak przytacza Odwołujący, w Opisie przedmiotu Zamówienia Zamawiający ujął zapis „nie mniej niż 2 sztuki klasy „L”.

Zamawiający nie wskazuje, że ma być to jajko minimum klasy L, co jest zabiegiem celowym. Jajka klasy M są zbyt małe dla potrzeb Zamawiającego, natomiast jajka klasy XL, zwłaszcza w rozmiarze ok. 100 g sztuka są dużo droższe i w znaczący sposób wpływają na koszt zamówienia.

Jednocześnie, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zgodnie z którym Odwołujący w istocie zaproponował jajka klasy wagowej M, a próba wykazania, że chodziło o sztukę ważącą 100g, przy założeniu, że jajka klasy wagowej XL zaczynają się od wagi 72 g, jest wyłącznie sposobem na wygraną w postępowaniu, pomimo oczywistych niezgodności.

Odwołujący przy każdym daniu lub produkcie wskazywał gramaturę zbiorczą, a sposób opisu gramatury jajek nie wskazuje, że miałby się on odnosić do każdej ze sztuk osobno. Nadmienić także należy, iż kontrola sposobu wykonywania zamówienia przez Odwołującego Catermed sp. z o.o. w czasie gdy realizował zlecenie na rzecz Zamawiającego (rok 2022/2023) wykazał, że niezgodnie z umową dostarczał on Zamawiającemu jajka klasy wagowej M, co znalazło odzwierciedlenie w protokole kontroli dołączonym do niniejszego pisma. Mając powyższe na

uwadze podejrzewać można, że odwołujący przyjął taką praktykę działania i nie planował dostarczać jajek klasy wagowej L.

Nie ma dla Zamawiającego wątpliwości, że skoro wymagał co najmniej 2 sztuk jajek klasy wagowej L w dekadzie, dokładnie takie powinien uzyskać- nie większe i nie mniejsze. Na marginesie należy wskazać, że odstępstwo od tego wymogu ma doniosłe znaczenie dla finansów Zamawiającego. Zgodnie z danymi serwisu ceny rolnicze (<https://www.cenyrolnicze.pl/drob/jajka>) w lutym 2023 w hurtowni w woj. wielkopolskim za jajko klasy L średnia cena za sztukę wynosiła 69 groszy, a za klasę XL średnio 74 groszy, przy czym jajko 100 g kosztuje z pewnością więcej, jako że nie stanowi „standardowego” rozmiaru przyjętego nawet dla klasy XL.

Ad.5.

Zamawiający nie mógł samodzielnie potraktować oświadczenia Wykonawcy jako oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ czas trwania zamówienia jest jednym z jego najistotniejszych elementów - od którego w dużej mierze zależy wartość zamówienia. Zamawiający nie może domyślać się intencji Wykonawcy w tym zakresie. Próba wyjaśnienia tej sytuacji doprowadziłaby do nieuprawnionych negocjacji treści oferty w zakresie czasu trwania zamówienia. Z kolei przeprowadzenie postępowania może doprowadzić do sytuacji, że zostanie wybrana oferta, która jest sprzeczna z SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Co więcej, poprawa omyłek według reguł wynikających z art. 223 p.z.p., na którego zapisie opiera się Wykonawca żądając dokonania zmian, może mieć miejsce wówczas, gdy omyłki wynikają z działania lub zaniechania Wykonawcy. Błędy w dokumentacji zamówienia przygotowanej przez Zamawiającego nie mieszczą się w tej kategorii omyłek. Nie ma znaczenia, czy drugi z Wykonawców popełnił ten sam błąd – Zamawiający musiał odrzucić jego ofertę na podstawie wyroku KIO o sygn. akt. 128/23. Mając natomiast na uwadze dotychczasowe uprzednie postępowanie przed KIO, a w tym sposób interpretacji zapisów SWZ, Zamawiający z dużą uwagą dokonał ponownego badania ofert, by nie narazić się ponownie na zarzut niewłaściwego wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Ewentualnie, z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Zamawiającego zgodnie z którym postępowanie należało unieważnić z uwagi na konieczność odrzucenia obu ofert, wnoszę o uznanie, że postępowanie podlegało unieważnieniu z uwagi na zajęcie przesłanki niewłaściwego opracowania dokumentacji zamówienia, której błędy nie mogą być konwalidowane.

Ponadto, wnoszę o uwzględnienie, iż w stosunku do Odwołującego niezależnie od przesłanek związanych z koniecznością odrzucenia oferty zachodzą przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na mocy art. 109 ust. 5 i ewentualnie 7 p.z.p.

Przed ogłoszeniem niniejszego postępowania Odwołujący był Wykonawcą tożsamego zamówienia na rzecz Zamawiającego. Wykonawca wypowiedział jednak Zamawiającemu świadczoną umowę. Pracownicy Wykonawcy wskazali, iż było to posunięcie celowe, mające na celu podwyższenie cen wykonania zamówienia, bez konieczności występowania o waloryzację. W trakcie wykonywania zamówienia Zamawiającemu przysługiwało prawo kontrolowania przygotowywanych posiłków oraz sposobu użytkowania kuchni Zamawiającego. W dniu 25 stycznia w ramach kontroli zarządczej Zamawiający przeprowadził kontrolę kuchni- jakość świadczonej usługi, stanu pomieszczeń, przeglądu produktów- protokół dołączony do niniejszego pisma.

W tym dniu na kolację zaplanowano kopytka z sosem truskawkowym- personel kuchni przygotowywał kolację w momencie kontroli z produktów mrożonych- gotowych, nie wytworzonych od podstaw przez personel kuchni, co było niezgodne z umową i SWZ.

Personel potwierdził, że ugotował "gotowe" kopytka.

Po zapoznaniu się z zawartością lodówek i zamrażarek stwierdzono: zapas mrożonych pierogów z truskawkami (gotowych, kupionych), które były przeznaczone na obiad 28 stycznia.

Stwierdzono obecność „gotowych”, mrożonych naleśników z serem, których opakowania były naruszone (otwarte), a na nich leżało zamrożone mięso w siatkach nie przeznaczonych do przechowywania tego typu produktów. Woda z ociekającego mięsa przeniknęła do otwartych opakowań z naleśnikami, które były przygniecione tym mięsem.

Ponadto stwierdzono znaczne ilości jogurtu naturalnego w opakowaniach zbiorczych, data ważności 29 stycznia 2023. Po analizie jadłospisu stwierdzono, że jogurt naturalny zaplanowano na śniadanie w dniu 30 stycznia.

Ponadto w magazynie stwierdzono obecność opakowania z jajkami klasy M-360 sztuk, co nie jest zgodne z warunkami umowy i SWZ. Wykonawca powinien posiadać jajka klasy L.

Skan jadłospisu oraz zdjęcia mięsa i naleśników w zamrażarkach stanowią załączniki do niniejszego pisma.

Co więcej, w czasie zdawania przez Wykonawcę użytkowanej w ramach zamówienia kuchni, podczas oględzin pomieszczeń i sprzętu, komisja stwierdziła uszkodzenie trzech zamrażarek oraz niesprawne urządzenie do zmiękczenia wody, które było odłączone od zmywarki kapturowej. Protokół został przyjęty bez uwag, a Wykonawca został wezwany do naprawy- protokół zdawczo-odbiorczy stanowi załącznik do niniejszego pisma.

Mając powyższe na uwadze, należy przyjąć, że w opisywanym stanie faktycznym znajdują zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 p.z.p, a tym samym aktualizuje się możliwość odrzucenie oferty także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) p.z.p., zgodnie z którym odrzuca się ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc powyższy stan faktyczny do orzecznictwa KIO przywołać można m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3555/21, zgodnie z którym: *„Oferta niespełniająca merytorycznych wymagań określonych w SWZ podlega odrzuceniu i - z wyjątkami dotyczącymi poprawienia omyłek - nie może zostać na etapie badania ofert zmieniona, w celu doprowadzenia jej treści do zgodności z oczekiwaniami zamawiającego. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty – działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.”*

Według Zamawiającego, rozbieżności między ofertą a wymogami SWZ są istotne dla Zamawiającego, zwłaszcza w zakresie, w jakim wymagał zróżnicowania jadłospisów – które prawdopodobnie jako załączniki do umowy będą stanowiły wzór przygotowywania posiłków przez wykonawcę, oraz ilości podawanego nabiału, a także – mając na uwadze dotychczasowe doświadczenia – zgodności asortymentu z tym przedstawionym wprost w SWZ (jajka klasy L).

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 21 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00023821/01/P.

W dniu 8 lutego 2023 r. wykonawca CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu, tj.:

- a. odrzucenie oferty Odwołującego;
- b. unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP:

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 266 Pzp** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, tj. Z uwagi na niezgodności założeń Odwołującego z SWZ;
- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1) i 3) Pzp** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, z uwagi na sporządzenie Formularza Ofertowego według wzoru załączonego do SWZ, w którym to wzorze Zamawiający błędnie określił termin wykonania zamówienia, w sytuacji gdy brak modyfikacji przez Odwołującego Formularza Ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia, stanowi oczywistą omyłkę pisarską (względnie inną oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty z warunkami zamówienia), którą Zamawiający winien był poprawić;
- 3) **art. 255 pkt 2) Pzp** poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona.

W wyniku wniesionego odwołania przez CATERMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości wobec zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, a także podnosił kumulatywne zaistnienie przesłanek do unieważnienia postępowania wobec zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy PZP, Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 255 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Zgodnie z art. 266 ustawy PZP, do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron 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 uwzględnia 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, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony 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 Izba wskazuje, że w dniu 1 lutego 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego wskazując, iż:

- a) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił, iż „wymaga podawania zup mlecznych w porze śniadania 3 razy/dekadę. W pozostałe dni dekady powinien być dodatek mleczny: kakao (2 razy/dekadę), kawa zbożowa (2 razy/dekadę) , jogurt/serek homogenizowany (2 razy/dekadę) i 31 mleka wydane dla każdej grupy raz/dekadę. Wykonawca w jadłospisie letnim i zimowym umieścić na kolację kakao po pięć razy.
- b) Zamawiający wymagał podawania mleka o zawartości tłuszczu 2%. Wykonawca nie wskazał w przedstawionych jadłospisach wymaganych parametrów zawartości tłuszczu w mleku.
- c) Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał zróżnicowania potraw oraz uwzględnienia w jadłospisach potraw oraz warzyw i owoców sezonowych. Wykonawca w jadłospisie zimowym zapisał sałatę ze śmietaną na obiad oraz sałatę na śniadanie jako dodatek warzywny. Sałata w Polsce jest warzywem sezonowym, występującym w okresie wiosenno- letnim. Ponadto, w ocenie Zamawiającego zaproponowane przez Wykonawcę jadłospisy nie były zróżnicowane, jako że jadłospisy letnie i zimowe posiadały wiele powtórzeń.
- d) Wykonawca zapisał w ofercie w jadłospisie letnim i zimowym 2 sztuki jaj gotowanych na śniadanie, podając gramaturę 100 g. Gramatura ta nie jest zgodna z wymogami opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ Zamawiający wymagał zachowania gramatury

powyższych produktów w granicach „jajko nie mniej niż 2 sztuki klasy "L". Zgodnie z ROZPORZĄDZENIEM KOMISJI (WE) NR 589/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. ustanawiającym szczegółowe zasady wykonywania rozporządzenia Rady (WE) nr 1234/2007 w sprawie norm handlowych w odniesieniu do jaj (ostatnia zmiana: DUUEL. z 2017 r., Nr 306, poz. 6) Klasyfikacja jaj klasy A według masy jako klasy L - duże mieści się w gramaturze: 73 g > masa > 63 g; Podana przez Wykonawcę gramatura- 100 gram jest za niska i nie spełnia kryteriów jaj klasy L, także po odliczeniu wagi skorupki.

- e) W SWZ w rozdziale IV Zamawiający określił termin wykonywania usługi, który wynosi 22 miesiące. Wykonawca przedstawił ofertę na 28 miesięcy.

Mając powyższe na uwadze, Izba odniesie się teraz do poszczególnych zarzutów.

Zarzut pierwszy dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w z art. 266 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia odnośnie jadłospisów, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem III – OPZ w pkt 20: „Zamawiający wymaga podawania zup mlecznych w porze śniadania 3 razy/dekadę. W pozostałe dni dekady powinien być dodatek mleczny: kakao (2 razy/dekadę), kawa zbożowa (2 razy/dekadę) , jogurt/serek homogenizowany (2 razy/dekadę) i 31 mleka wydane dla każdej grupy raz/dekadę”, natomiast Odwołujący w jadłospisie letnim i zimowym umieścił na kolację kakao po pięć razy.

Izba nie zgadza się z Odwołującym, że ograniczenie kakao do 2 razy na dekadę dotyczyło jedynie śniadania, a nie kolacji. Po pierwsze dlatego, że Zamawiający nie napisał w drugim zdaniu pkt 20 SWZ (OPZ), że „W pozostałe dni dekady w porze śniadania....” ani „co najmniej kakao (2 razy/dekadę)”, a po drugie Izba wzięła również pod uwagę to, iż w innych miejscach w SWZ, Zamawiający wyraźnie wymagał, aby „do obiadu podawane były..” (pkt 17 OPZ), jak i „codzienne obiady składać się muszą z” (pkt 18 OPZ) oraz używał między innymi sformułowania w pkt 21 OPZ: „ser żółty nie mniej niż 50g” czy „masło roślinne nie mniej niż 20g”.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający wymagał dokładnie jakiej ilości (ile razy/dekadę) danego produktu, czyli w przypadku kakao 2 razy na dekadę, a nie 5 razy na dekadę, niezależnie czy dotyczyło to śniadania, czy kolacji.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

W dalszej kolejności Izba zważa, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodnej z SWZ, stwierdził, iż Odwołujący „nie wskazał w przedstawionych jadłospisach parametrów zawartości tłuszczu w mleku”.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem III - OPZ w pkt 21, Zamawiający wymagał: „zachowania gramatury poniższych produktów w granicach: mleko nie mniej niż 250 ml o zawartości tłuszczu 2%”, natomiast zgodnie z rozdziałem VI SWZ ust. 4 lit. f „Na potwierdzenie, że oferowana przez Wykonawcę usługa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą, oferowane przez wykonawcę w ramach niniejszego zamówienia, dekadowe dwa jadłospisy dla diety podstawowej (normalnej) z różnych pór roku (zima i lato), w których zawarte będą następujące dane: nazwa posiłku, gramatura gotowego posiłku z podziałem na części składowe”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że wskazanie przez Zamawiającego „gramatury gotowego posiłku z podziałem na części składowe”, na część składową posiłku może być zaliczone również mleko i jej gramatura w postaci „nie mniejszej niż 250 ml o zawartości tłuszczu 2%”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że różnica między mlekiem 0%, 2%, 3,5% jest istotna, ponieważ jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie w przeciwieństwie do mlek odłuszczonego, mleka tłuste zawierają większą ilość witamin A,D, E, zaś mleko 0 i 0,5 % w ogóle nie zawierają wit. D, która jest ważna w diecie mieszkańców DPS i profilaktyce osteoporozy.

Poza tym, zdaniem Izby, zaoferowanie przez Odwołującego tylko nazwy w postaci „mleka” powoduje, że Zamawiający nie ma możliwości weryfikacji zaproponowanego produktu zgodnie z SWZ. Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że również sam Odwołujący w swoich jadłospisach dekadowych zaoferował między innymi masło o zawartości tłuszczu 82%, gdzie wymogiem Zamawiającego było zaoferowanie masła śmietankowego o zawartości tłuszczu 82%. Tym samym w ocenie Izby nie przeszkodziło to Odwołującemu zaoferować w jadłospisach masła o zawartości tłuszczu 82 % w przeciwieństwie do mleka, wskazując jedynie mleko 250 ml.

W związku z powyższym, W ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Co do następnego zarzutu, iż Odwołujący „w jadłospisie zimowym przewidział sałatę ze śmietaną na obiad oraz sałatę na śniadanie jako dodatek warzywny”, Izba wskazuje, że Zamawiający w piśmie z dnia 1 lutego 2023 r. wskazał powody odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SWZ nie tylko, że w jadłospisie zimowym przewidział sałatę ze śmietaną na obiad oraz sałatę na śniadanie jako dodatek warzywny, ale również, o czym w ogóle zapomina Odwołujący, iż „jadłospisy nie były zróżnicowane, jako że jadłospisy letnie i zimowe posiadały wiele powtórzeń”. Tym samym, Izba nie podziela poglądu Odwołującego, który na rozprawie stwierdził, iż: „Zamawiający rozszerza podstawy odrzucenia oferty odnośnie np. urozmaicenia posiłków”.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem III SWZ – OPZ w pkt 15, Zamawiający wymagał od wykonawców uwzględnienia „w jadłospisach potrawy sezonowe oraz owoce i warzywa”.

Izba nie zgadza się z Odwołującym, że obowiązek sezonowości dotyczył potraw, a nie owoców i warzyw. Izba wskazuje, że Zamawiający wymagał dwa jadłospisy letni i zimowy, a zatem intencją Zamawiającego było, aby potrawy, a przede wszystkim owoce i warzywa były sezonowe, różne, które występują w określonym czasie. Zdaniem Izby, z doświadczenia życiowego wynika, że różne są warzywa i owoce w okresie letnim i zimowym. Rację ma natomiast Odwołujący, że w Polsce dostępne są różne gatunki sałat, w tym sałata lodowa (zwana kruchą), która jest dostępna przez cały rok (również zimą), przy czym, co również Izba wzięła pod uwagę, jak wskazał sam Odwołujący na rozprawie „Zamawiający posłużył się przykładem sałaty”, a Zamawiający to potwierdził, stwierdzając: „Co do sałaty był to tylko przykład”. W ocenie Izby jadłospisy (letni i zimowy) Odwołującego stanowiące dowody załączone do pisma Zamawiającego z dnia 10 lutego 2023 r. nie były zróżnicowane (różnorodne), zwłaszcza w odniesieniu do owoców i warzyw.

Tytułem przykładu Izba wskazuje, że w jadłospisie letnim i zimowym pierwszego dnia na I śniadanie na 7 potraw/produktów, mamy do czynienia tylko z jedną różnicą, obiad jest identyczny zarówno w jadłospisem letnim i zimowym, a w przypadku kolacji na 5 produktów, mamy do czynienia tylko z jedną różnicą. Podobnie drugiego dnia, gdzie na 8 produktów na I śniadanie tylko 2 są różne, II śniadanie identyczne w jadłospisie letnim i zimowym; obiad na 5 posiłków mamy do czynienia z jedną różnicą, a w przypadku kolacji na 6 produktów/potraw mamy do czynienia z jedną różnicą.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Co do zarzutu, iż Odwołujący zapisał w ofercie w jadłospisie letnim i zimowym 2 sztuki jaj gotowanych na śniadanie, podając gramaturę 100 g, a dodatkowo Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego stwierdził, że „gramatura ta jest za niska i nie spełnia kryteriów jaj klasy L”, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z rozdziałem III SWZ (OPZ) w pkt 21, Zamawiający wymagał zachowania gramatury produktów w granicach: „jajko nie mniej niż 2 sztuki klasy „L”, natomiast Odwołujący w jadłospisie letnim i zimowym na śniadanie wskazał: „jajko got. 100g (2 szt.)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że rację ma Odwołujący, iż gramatura zaproponowanego jajka (jednego) wynosi 100g, a Wykonawca zaproponował 2 sztuki, a więc łącznie 200g.

Jednakże, co istotne, o czym wydaje się nie zauważać Odwołujący, iż w odwołaniu wskazał na stronie 4, że „gramatura jaja – 100g – jest to gramatura jaja klasy XL wraz ze skorupką”, co oznacza, zdaniem Izby, że Odwołujący zaoferował w jadłospisie jajka innej klasy niż wymagana przez Zamawiającego, tj. jaja klasy XL (bardzo duże), zamiast klasy L (duże). W ocenie Izby Zamawiający w SWZ nie wskazuje, że ma być to jajko minimum lub co najmniej klasy L, lecz że mają to być nie mniej niż dwie sztuki jaj klasy L. W związku z powyższym, nie sposób się zgodzić z Odwołującym, który na rozprawie stwierdził, że „Można było zastosować 2 jajka klasy XL”.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut jest niezasadny.

Zarzut drugi dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w z art. 266 ustawy PZP w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co do sporządzenia Formularza Ofertowego według wzoru załączonego do SWZ, w którym to wzorze Zamawiający błędnie określił termin wykonania zamówienia, w sytuacji gdy brak modyfikacji przez Odwołującego Formularza Ofertowego w zakresie terminu wykonania zamówienia, stanowi oczywistą omyłkę pisarską (względnie inną oczywistą omyłkę polegającą na niezgodności oferty z warunkami zamówienia), którą Zamawiający winien był poprawić, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba zważa, że Odwołujący złożył ofertę na formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, w którym to termin wykonania zamówienia wynosił 28 miesięcy od dnia zawarcia umowy, przy czym zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 4.2.10.), jak i w SWZ w

rozdziale IV ust. 2 wynika, że „umowa w sprawie realizacji zamówienia zostanie zawarta na okres 22 miesięcy”.

Oznacza to, iż Zamawiający sporządził wadliwie formularz ofertowy wskazując 28 miesięcy jako termin wykonania zamówienia zamiast 22 miesięcy, a tym samym niezgodność ta wynikała z błędu popełnionego przez samego Zamawiającego.

Zdaniem Izby, ww. niezgodność nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawcy, tym bardziej, że w tym samym formularzu ofertowym Odwołujący złożył oświadczenie, w którym wskazał, iż „zapoznałem się z warunkami postępowania określonymi w Ogłoszeniu i przyjmuję je bez zastrzeżeń”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący zaakceptował termin wykonania zamówienia określony zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu czy to w SWZ, tj. termin 22 miesięcy, a niezgodność co do terminu wykonania zamówienia mogła zostać usunięta przez Zamawiającego w drodze oświadczenia woli wykonawcy na podstawie art. 60 kc.

Izba zważa, że zgodnie z art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy PZP, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Jednakże ze względu na to, iż zarzut nr 1 jest niezasadny, a tym samym Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy PZP jako niezgodnej z warunkami zamówienia, powyższy zarzut nr 2 nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że ze względu na to, iż zarzut nr 2 został powiązany przez Odwołującego z art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy PZP, zgodnie z którym, Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona,

a który to przepis może być zastosowany przez Zamawiającego wyłącznie w przypadku, gdy czy to oczywiste omyłki pisarskie, czy inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, wynikają z działania lub zaniechania Wykonawcy, a nie z działania lub zaniechania samego

Zamawiającego, który wadliwie sporządził dokumentację postępowania, jak w niniejszej sprawie w postaci formularza ofertowego, powoduje, że również z powyższego faktu zarzut nr 2 nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Tym samym, nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że oferta Odwołującego zawierająca ww. niezgodność powinna zostać zakwalifikowana przez Zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska lub jako inna oczywista omyłka polegająca na niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Izba odniesie się jeszcze do przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP, które zostały wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba zważa, że zgodnie z art. 555 ustawy PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a biorąc również pod uwagę, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a nie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP, wszelkie dywagacje Zamawiającego w powyższym zakresie zostały pominięte przez Izbę.

Nadto Izba nie brała pod uwagę pozostałych dowodów wniesionych przez Zamawiającego dołączonych do odpowiedzi na odwołanie, ponieważ nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Konkludując, zdaniem Izby, również zarzut nr 3 nie mógł się ostać, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu brało udział dwóch wykonawców, których oferty zostały odrzucone, co oznacza, że Zamawiający prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 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: