

Sygn. akt: KIO 3283/22

**WYROK**  
**z dnia 21 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Dobeles Dzirnavnieks Akciju sabiedriba z siedzibą w Dobele,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa w Warszawie,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dobeles Dzirnavnieks Akciju sabiedriba z siedzibą w Dobele i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 – Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Dostawy artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020 Podprogram 2021 Plus*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 230-661839.

W dniu 9 grudnia 2022 r. wykonawca Dobeles Dzirnāvnieks Akciju sabiedrība wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w ramach części nr 2 (dostawy makaronu jajecznego świderki). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 99 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 101 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 1169/20112 w zw. z pkt. 2 Załącznika nr I do Rozporządzenia 1169/2011, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i wskazanie wymaganych cech oferowanego makaronu, które nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów, tj. poprzez weryfikację zawartości tłuszczu w makaronie w oparciu o metodę badania PN-A-74131:1999 zał. B, podczas gdy metoda ta pozwala wyłącznie na oznaczenie zawartości tłuszczu wolnego w makaronie i jako taka jest nieadekwatna do oceny jakości przedmiotu zamówienia, gdyż zgodnie z bezpośrednio obowiązującymi przepisami Rozporządzenia 1169/2011 pod uwagę należy wziąć zawartość tłuszczu całkowitego w makaronie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji pkt. II.2 ppkt. 2 OPZ w ten sposób, że zawartość tłuszczu w makaronie zostanie oznaczona za pomocą metody badawczej wskazanej w normie PNA-79011-4:1998
- ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji pkt. II.2 ppkt. 2 OPZ w ten sposób, że wymagana zawartość tłuszczu (wolnego) w makaronie wynosić będzie nie mniej niż 0,6% (m/m).

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1 do SWZ (Część A) Zamawiający określił szczegółowe wymagania jakościowe dotyczące dostarczanych artykułów spożywczych. W części dotyczącej wymagań organoleptycznych, fizykochemicznych i mikrobiologicznych dostarczanego makaronu Zamawiający wymaga, aby zawartość tłuszczu w dostarczonym makaronie była nie mniejsza niż 1,4% (m/m). Wymóg ten ma być weryfikowany z zastosowaniem metody badań PN-A-74131:1999 zał. B.

Odwołujący wyjaśnił, że do produkcji makaronów jajecznych wykorzystuje się jaja w celu wzbogacenia ich wartości żywieniowej, a także wpłynięcia na poprawę jakości kulinarnej i sensorycznej produktów. Z punktu widzenia niniejszego odwołania, kluczowe jest, że ilość jaj w makaronie winna przekładać się na ilość tłuszczu w nim (im więcej jaj, tym więcej tłuszczu). Metoda badawcza, do której odwołuje się w OPZ Zamawiający to Polska Norma PN-A74131:1999, wydana w grudniu 1999 roku, w istocie dotycząca problematyki wymagań jakościowych dla makaronu. To bezpośrednio z normy PN-A-74131:1999 Zamawiający zaczerpnął wymaganą w OPZ zawartość tłuszczu w makaronie (1,4%), odpowiadającą minimalnej ilości dla makaronu dwujajecznego podanej w normie PN-A-74131:1999. W załączniku B do normy PN-A-74131:1999 został wskazany proces oznaczania zawartości tłuszczu w makaronie, również zaczerpnięty przez Zamawiającego bezpośrednio z tejże normy (dowód: Polska norma PN-A-74131:1999).

Odwołujący podniósł, że metoda oznaczania tłuszczu w makaronie określona w załączniku B do normy PN-A-74131:1999 jest nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, a także nie uwzględnia zapisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności („Rozporządzenie 1169/2011”). Wynika to z faktu, że norma PN-A-74131:1999 pozwala wyłącznie na oznaczenie tłuszczu wolnego w makaronie. Tymczasem, zgodnie z definicją tłuszczu podaną w Rozporządzeniu 1169/2011, „tłuszcz” oznaczany na artykułach spożywczych rozumiany jest jako tłuszcz całkowity, łącznie z fosfolipidami (art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 1169/2011 w zw. z pkt. 2 Załącznika nr I do Rozporządzenia 1169/2011). To właśnie Rozporządzenie 1169/2011 określa podstawowe wymagania dotyczące znakowania żywności na terenie całej Unii Europejskiej. Co przy tym istotne, podawanie informacji na temat żywności na opakowaniu służy ochronie zdrowia konsumentów i umożliwia konsumentom dokonywanie świadomych wyborów spośród szerokiego asortymentu produktów znajdujących się na rynku. Samo Rozporządzenie 1169/2011 jest zaś wiążącym aktem ustawodawczym i musi być stosowane w całości i bezpośrednio na całym obszarze UE.

Zdaniem Odwołującego, przygotowany przez Zamawiającego OPZ jest niespójny. Z jednej strony bowiem Zamawiający wymaga dostawy makaronu o określonej zawartości tłuszczu, przyjmując do jej badania metodę wskazaną w normie PN-A-74131:1999 (tj. metodę pozwalającą na oznaczenie wyłącznie tłuszczu wolnego), a z drugiej w tym samym OPZ nakazuje umieszczać wykonawcy na opakowaniach makaronu informacje o zawartości tłuszczu w zgodzie z postanowieniami Rozporządzenia 1169/2011 (tj. informację o zawartości tłuszczu całkowitego). Siłą rzeczy zatem musi dojść do rozbieżności wyników w zakresie zawartości tłuszczu w makaronie. Zamawiający, chcąc skontrolować jakość

dostarczanego produktu pod względem zgodności z deklaracją na opakowaniu, winien bowiem zweryfikować zawartość tłuszczu całkowitego, a przyjęta przez niego metoda badawcza pozwala mu wyłącznie na weryfikację zawartości tłuszczu wolnego.

Na potwierdzenie tezy, że metoda wskazana w normie PN-A-74131:1999 jest niewłaściwa, Odwołujący załączył do odwołania artykuł „Zmiany zawartości tłuszczu wolnego w czasie procesu produkcji makaronu jajecznego”, w którym wskazano, że „uzyskane wyniki badań wskazują, że zawartość tłuszczu wolnego nie jest odpowiednim parametrem do szacowania liczby jaj w makaronie (...) Jeżeli liczba jaj w makaronie ma być w dalszym ciągu szacowana na podstawie zawartość tłuszczu w produkcji, to bardziej miarodajnym parametrem jest zawartość tłuszczu całkowitego (...) Dowiedziono, że zawartość tłuszczu wolnego nie jest odpowiednim parametrem do szacowania liczby jaj w makaronie, stąd wskazuje się na konieczność weryfikacji istniejącej Polskiej Normy (...) Wyniki badań powinny być podstawą do weryfikacji Polskiej Normy”.

Odwołujący stwierdził, że podobne wnioski wypływają również z praktyki. W celu wykazania tej okoliczności, Odwołujący przekazał próbkę produkowanego przez siebie makaronu do niezależnego laboratorium badawczego J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. W toku przeprowadzonych przez laboratorium badań okazało się, że wymaganie w zakresie minimalnej wartości tłuszczu w makaronie nie jest spełnione jedynie wówczas, gdy do badania przyjmie się normę PN-A-74131:1999. Jednocześnie, laboratorium stwierdziło, że „użyta metoda przez IJHARS PN-A-74131:1999 zał. B wydaje się być nieodpowiednia, ponieważ nie pozwala na oznaczenie zawartości tłuszczu całkowitego po hydrolizie, a tylko zawartość tłuszczu wolnego”, zaś „analitycznie tłuszcz wolny uzyskany metodą PN-A-74131:1999 zał. B nie jest tłuszczem całkowitym, który oznaczany jest metodami po hydrolizie kwaśnej tj. PN-A-79011-4:1998” (dowód: Wyniki badań przeprowadzonych przez laboratorium Hamilton).

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że znajduje się on w sytuacji, w której jego produkt wprawdzie spełnia wymagania OPZ rozumianego w kontekście zapisów Rozporządzenia 1169/2011 (tj. posiada zawartość tłuszczu rozumianego jako tłuszcz całkowity wynoszącą co najmniej 1.4%), ale nie ma możliwości dowiedzenia tego za pomocą wyznaczonej przez Zamawiającego metody (norma PN-A-74131:1999 pozwala bowiem jedynie na obliczenie zawartości tłuszczu wolnego).

Zdaniem Odwołującego, obecne postanowienia OPZ są niezgodne z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym cechy oferowanych dostaw (produktów) mogą zostać określone przez Zamawiającego, jednak tylko pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Nie istnieje zaś

żaden powód, dla którego Zamawiający miałby oznaczać zawartość tłuszczu wolnego w makaronie, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zgodnie z zapisami Rozporządzenia 1169/2011, na opakowaniu makaronu musi się znaleźć informacja o zawartości tłuszczu całkowitego. Ponadto, zgodnie z art. 101 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia z uwzględnieniem odrębnych przepisów. Tymczasem Zamawiający zupełnie pominął definicję tłuszczu wskazaną w bezpośrednio obowiązującym i mającym charakter ponadustawowy Rozporządzeniu 1169/2011.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że obecne postanowienia OPZ będą prowadzić do nieporównywalności ofert, tj. wykonawcy mogą mieć wątpliwość czy Zamawiający wymaga, aby 1,4% makaronu stanowił tłuszcz wolny (zgodnie z zapisami OPZ), czy też tłuszcz całkowity (zgodnie z zapisami Rozporządzenia 1169/2011). W każdym wypadku zaś Zamawiający nie będzie miał prawa do odrzucenia takiej oferty (zob. art. 101 ust. 6 ustawy Pzp).

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest: *Makaron jajeczny świderki – produkt otrzymany z surowców pochodzących z przemiału ziarna pszenicy zwyczajnej i wody, z dodatkiem jaj lub płynnej masy jajowej pasteryzowanej (co najmniej dwa jaja w przeliczeniu na 1 kg mąki) i innych składników, odpowiednio uformowany i wysuszony* (pkt II.1 Opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SWZ).

W punkcie II.2 OPZ Zamawiający zamieścił tabelę pn. *Wymagania organoleptyczne, fizykochemiczne i mikrobiologiczne*, w której w zakresie zawartości tłuszczu określił następujące wymaganie:

Lp.	Cecha	Wymagania	Metody badań
2	Zawartość tłuszczu, % (m/m), nie mniej niż	1,4	PN-A-74131:1999 zał. B

Zgodnie z punktem II.3.3 OPZ: *Opakowania jednostkowe oraz transportowe muszą być czytelnie i w sposób nieusuwalny oznakowane zgodnie z obowiązującymi przepisami*

*dotyczącymi znakowania żywności określonymi w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności (...). Na opakowaniach jednostkowych muszą być umieszczone czytelne napisy, w języku polskim, zawierające co najmniej: (...) wszelkie składniki lub substancje pomocnicze w przetwórstwie wymienione w załączniku II do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności (...).*

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Stosownie do art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez:

1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;

2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w art. 102, oraz, w kolejności preferencji do:

a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,

c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego

zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.14),

d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywę Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz. Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12, z późn. zm.15)),

e) norm międzynarodowych,

f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania,

g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne;

3) odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie wybranych cech;

4) odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że to zamawiający decyduje, jakie produkty chce zamówić i jakie mają być ich właściwości i tak długo, jak decyzje zamawiającego nie naruszają obowiązujących przepisów, to jest on do tego uprawniony, a wykonawca nie może skutecznie domagać się w drodze środków ochrony prawnej zmiany oczekiwań zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy, a tylko takie naruszenie – stosownie do art. 554 ust. 1 ustawy Pzp – może być podstawą uwzględnienia odwołania.

Zamawiający oczekuje dostawy makaronu dwujajecznego i określa w OPZ sposób weryfikacji zawartości jaj poprzez odwołanie się do normy PN-A-74131:1999. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, który podnosił, że z SWZ nie wynika, iż norma ta ma służyć ustaleniu ilości jaj w oferowanym makaronie. Przeciwnie, skoro Zamawiający wymaga dostawy makaronu dwujajecznego i określa wymagany poziom tłuszczu zgodnie z ww. normą, to oczywiste jest, że robi to w celu weryfikacji, czy makaron jest dwujajeczny. Bezsporne bowiem jest, że zawartość tłuszczu zależna jest od zawartości jaj w makaronie.

Nie jest sporne między stronami, że wybrana przez Zamawiającego metoda badania zawartości tłuszczu oparta jest na ekstrakcji bez hydrolizy, a tłuszcz oznaczany zgodnie z tą metodą jest tzw. tłuszczem wolnym. Istotą sporu jest to, czy pozwala ona na określenie liczby jaj użytych na 1 kg mąki. Przeprowadzone postępowanie potwierdza – w ocenie Izby – że możliwe i dopuszczalne jest stosowanie tej metody w celu określenia zawartości jaj w makaronie.

Zauważenia wymaga, że norma PN-A-74131:1999 wprost określa metodę oznaczania liczby jaj w makaronie. Nie jest więc tak, że Zamawiający posłużył się normą, w której są określone wskazania dotyczące tłuszczu wolnego, a przełożenie poziomu tego tłuszczu na liczbę jaj jest jedynie własną interpretacją zamawiającego. W abstrakcie normy jest wyraźne wskazanie, że *W załączniku B podano metodę oznaczania zawartości wyciągu eterowego oraz liczby jaj w makaronie*. Zamawiający wymaga w OPZ, aby makaron miał zawartość tłuszczu 1,4%, co zgodnie z normą świadczy o tym, że jest to makaron dwujajeczny. Znajduje to potwierdzenie w treści punktu III.4 (Wymagania fizykochemiczne) – Tablica 3 ww. normy:

Lp.	Wymaganie	Makaron popularny, wyborowy, ekstra bez dodatku jaj	Makaron popularny, wyborowy, ekstra dwujajeczny	Makaron popularny, wyborowy, ekstra czterojajeczny
1	2	3	4	5
1	Zawartość tłuszczu, % (m/m), nie mniej niż	nie normalizuje się	1,4	2,4

Nie sposób mówić więc o błędzie Zamawiającego polegającym na zastosowaniu nieadekwatnej normy, czy na błędnej interpretacji tej normy, skoro wyraźnie stanowi ona, że makaron dwujajeczny zawiera nie mniej niż 1,4% tłuszczu.



Za dodatkowe potwierdzenie, że powyższa norma jest adekwatna do celu, jakim jest ustalenie zawartości jaj w makaronie, można uznać załącznik do porozumienia zawartego 2 sierpnia 2018 r. między Zamawiającym a Głównym Inspektorem Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, będącym organem powołanym do nadzoru i kontroli jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych. Załącznik ten (Ustalenie nr 7 dotyczące zakresu parametrów i metod badań dla działania „Realizacja zadań w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2021”) w odniesieniu do makaronu jajecznego odwołuje się właśnie do normy zastosowanej przez Zamawiającego. Jak wskazał Zamawiający, przyjęta przez niego metoda jest metodą znormalizowaną, stosowaną w laboratoriach GIJHARS do oznaczenia zawartości jaj w makaronie

W takiej sytuacji nie ma podstaw do twierdzenia, że wyznacznikiem dla Zamawiającego powinno być przywołane przez Odwołującego stanowisko wyrażone w prasie branżowej, podające w wątpliwość prawidłowość ustalania zawartości jaj na podstawie normy odwołującej się do poziomu tzw. tłuszczu wolnego. To samo dotyczy przedstawionego przez Odwołującego stanowiska laboratorium badawczego J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o., które wskazało, że norma PN-A-74131:1999 zał. B *wydaje się być nieodpowiednia*. Z kolei okoliczność, że próbka przekazana do badania przez Odwołującego nie spełnia wymagań tej normy, nie świadczy o tym, że norma jest nieprzydatna do ustalenia zawartości jaj w makaronie. Nie byłoby też zasadne posłużenie się przez Zamawiającego wskazaną przez Odwołującego normą PN-A-79011-4:1998, która – jak słusznie zauważył Zamawiający – odnosi się do oznaczania zawartości tłuszczu w koncentratkach spożywczych, a nie w makaronie.

W ocenie Izby chybiona jest argumentacja Odwołującego, że Zamawiający naruszył przepisy Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności (...) oraz że OPZ jest wewnętrznie sprzeczny, bo zawiera odwołanie do normy określającej poziom tłuszczu wolnego oraz do rozporządzenia, które posługuje się poziomem tłuszczu całkowitego. Chociaż Odwołujący słusznie wskazał, że zgodnie z punktem 2 załącznika nr I do ww. rozporządzenia, „tłuszcz” oznacza tłuszcz całkowity, łącznie z fosfolipidami, to całkowicie pomija on zakres i cel tego rozporządzenia, które nie jest aktem regulującym metody weryfikacji spełniania określonych parametrów przez artykuły spożywcze, w tym makaron. Celem ww. rozporządzenia jest ochrona konsumentów poprzez zapewnienie im informacji na temat żywności, co wynika z samego tytułu rozporządzenia, jego preambuły oraz przepisów szczegółowych. Jak stanowi art. 1 tego rozporządzenia:

*1. Niniejsze rozporządzenie stanowi podstawę zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumentów w zakresie informacji na temat żywności, przy uwzględnieniu różnic percepcji*

*ze strony konsumentów i ich potrzeb informacyjnych, z równoczesnym zapewnieniem płynnego funkcjonowania rynku wewnętrznego.*

*2. Niniejsze rozporządzenie określa ogólne zasady, wymogi i zakresy odpowiedzialności dotyczące informacji na temat żywności, a w szczególności etykietowania żywności. Ustanawia ono środki gwarantujące konsumentom prawo do informacji oraz procedury przekazywania informacji na temat żywności, przy uwzględnieniu konieczności zapewnienia elastyczności wystarczającej do reagowania na przyszłe zmiany i nowe wymogi w zakresie informacji.*

Rozporządzenie określa więc wymagania dotyczące etykietowania żywności, w celu zapewnienia konsumentom prawa do informacji. Nie można zatem z faktu, że rozporządzenie wymaga podania na etykiecie zawartości tłuszczu całkowitego wnioskować o niedopuszczalności ustalania zawartości jaj w makaronie poprzez określenie poziomu tłuszczu wolnego. Taki wniosek w ocenie Izby jest całkowicie nieuprawniony. Zauważenia wymaga, że makaron może być opisany na opakowaniu zgodnie z ww. rozporządzeniem, a jednocześnie mieć taką zawartość tłuszczu, która w świetle normy PN-A-74131:1999 świadczy o tym, że jest to makaron dwujajeczny.

Podsumowując, wymaganie aby makaron miał zawartość 1,4% tłuszczu zgodnie z normą PN-A-74131:1999 zał. B nie narusza przepisów ustawy Pzp, a zmiana tego wymagania w sposób proponowany przez Odwołującego mogłaby prowadzić do obniżenia uzasadnionych wymagań jakościowych.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....