

WYROK

z dnia 13 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawcę **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a,**
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a;**

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22** na rzecz wykonawcy **SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a** kwotę **18 910 zł 40 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziesięć złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny nr 1 im. Norberta Barlickiego Uniwersytet Medyczny w Łodzi, 90-153 Łódź, ul. Kopcińskiego 22 (dalej: „zamawiający” lub „Szpital”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie przygotowania i podawania posiłków do pacjenta.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

13 czerwca 2012 r. w informacji o wyniku postępowania zamawiający poinformował wykonawcę SERENISSIMA POLSKA Sp. z o.o., 90-924 Łódź, al. Politechniki 3a (dalej: „odwołujący” lub „Serenissima”) o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą uznano właśnie ofertę odwołującego. Pozostałe oferty złożone w postępowaniu przez innych wykonawców odrzucono na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

21 czerwca 2012 r. zamawiający w formie faksu przesłał odwołującemu pismo zatytułowane "Wybór najkorzystniejszej oferty (sprostowanie)", w którym poinformował, że na wniosek wykonawcy Grek RTC S.A. 95-100 Zgierz ul. Piątkowska 83R (dalej: „Grek”), który złożył informację o naruszeniu przepisów prawa poprzez działania lub zaniechania zamawiającego w trybie art. 181 ust 1 ustawy, powtórzył czynność oceny ofert w wyniku czego odrzucił ofertę wcześniej wybraną jako najkorzystniejszą w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Następnie zamawiający unieważnił prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy.

W dalszej części pisma zamawiający wskazał, że komisja przetargowa podjęła decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu zaferowania jadłospisów niezgodnych z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). W szczególności:

Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów 1200 kalorii - w jednym zaproponowanym jadłospisie podano za dużo kalorii.

Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, trzuskowa, bezmleczna – jeden z proponowanych jadłospisów zawiera marchew gotowaną – potrawę zabronioną.

Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów – jeden zaproponowany jadłospis zawiera zupełną mleczną do śniadań.

Dieta lekkostrawna niskotłuszczowa - jeden zaproponowany jadłospis zawiera za dużo tłuszczu.

Dieta niskobiałkowa bezsolna - w jednym z zaproponowanych jadłospisów jest za mało tłuszczu i za dużo białka.

2 lipca 2012 r. Serenissima wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu podjęcie błędnej decyzji o odrzuceniu jego oferty, ponieważ przedstawione w ofercie jadłospisy zostały opracowane w oparciu o zalecenia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego, wynikające z publikacji Instytutu Żywności i Żywienia i spełniają wymagania zawarte w specyfikacji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty Serenissima jako najkorzystniejszej oraz cofnięcia unieważnienia prowadzonego postępowania przetargowego.

W treści uzasadnienia odwołujący podnosił, że zarzut, który został przedstawiony jako powód odrzucenia wcześniej wybranej oferty jest nieprecyzyjny, przedstawiony lakonicznie niezgodny z faktycznym stanem rzeczy. Opierając się na postanowieniach siwz odwołujący stwierdził, że zamawiający oczekiwał, że przedstawione przez wykonawców jadłospisy będą spełniać wymagania wynikające z zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego oraz Instytutu Żywności i Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego. Wyjaśniał, że przy opracowywaniu jadłospisów Serenissima standardowo korzysta z programu komputerowego, którego baza danych, zawierająca informacje o zawartości w produktach energii i składników odżywczych i została opracowana przez ekspertów z Instytutu Żywności i Żywienia. Również jadłospisy przedstawione zamawiającemu zostały przygotowane z użyciem ww. programu. Zawartość poszczególnych składników odżywczych oraz wartość energetyczna posiłku obliczana jest w programie automatycznie, w oparciu o bazę danych, jak również wprowadzone do programu receptury zakładowe.

Zwracał uwagę, że 30 kwietnia 2012 r. zadał pytanie zamawiającemu dotyczące doprecyzowania form sporządzenia jadłospisów, tj. czy zamawiający żąda obliczeń wartości odżywczych do przedstawianych w ofercie jadłospisów. W odpowiedzi z dnia 7 maja 2012 r. Zamawiający wskazał, że nie wymaga przedstawienia takich wyliczeń.

Odwołujący wskazywał, że ustalenie czy wartość energetyczna całodziennego wyżywienia, jak również zawartość poszczególnych składników odżywczych jest zgodna z

normą, jest możliwe tylko wtedy, gdy znane są oceniającemu jadłospisy wszystkie zastosowane produkty użyte do wytworzenia posiłków. Na dowód przedstawił opinię Powiatowej Stacji Sanitarno Epidemiologicznej w Łodzi, która określiła co jest niezbędne podczas oceny sposobu żywienia wskazując na raport magazynowy wydania towaru. Odwołujący podkreślał, że bez znajomości szczegółowych receptur zakładowych nie można stwierdzić, czy wartość energetyczna posiłku jest za wysoka, czy została zawyżona zawartość tłuszczu i białka albo zaniżona zawartość tłuszczu.

Zwracał uwagę, że zamawiający nie występował do Serenissima o podanie szczegółowych informacji o zawartości energii i składników odżywczych, w użytych do skomponowania jadłospisów produktach. Zdaniem odwołującego, zamawiający mając tylko jadłospisy zawierające gramatury poszczególnych potraw oraz nazwy zwyczajowe produktów, nie miał podstaw do twierdzeń zawartych w piśmie z dnia 21 czerwca 2012 r. oraz odrzucenia na tej podstawie oferty odwołującego.

W oparciu o publikację wydaną przez Instytut Żywności i Żywienia pt. „Podstawy Naukowe Żywienia w Szpitalach” pod red. prof. dr hab. med. Jana Dzieńszewskiego stwierdził, że:

- w diecie z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów mleko 0 % tł. lub 0,5 % tł. jest produktem dozwolonym w ograniczonej ilości, dozwolone są również płatki: owsiane, jęczmienne, pszenne, musli bez dodatku cukru, owoców suszonych lub orzechów, makarony bez żółtek jaj;
- produktem dozwolonym w ograniczonej ilości w diecie z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów są wszystkie warzywa świeże i mrożone: na surowo lub gotowane, bez dodatku zasmażki.

Podnosił, że również w tym przypadku zamawiający odrzucając ofertę Serenissima, podając jako powód fakt, że :

- w diecie z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów - jeden proponowany jadłospis zawiera marchew gotowaną - potrawę zabronioną,
 - w diecie z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów - jeden proponowany jadłospis zawiera zupę mleczną - potrawę zabronioną,
- nie wnioskował o przedstawienie receptury, żeby ustalić, czy zaproponowana w jadłospisie marchew jest bez zasmażki (a zatem produktem dozwolonym), a zupa mleczna przygotowana jest z mleka o zawartości tłuszczu 0% lub 0,5%, z dodatkiem dozwolonych składników.

W opinii odwołującego decyzja o odrzuceniu oferty Serenissima jest niezasadna, ponieważ przedstawione w ofercie jadłospisy zostały opracowane w oparciu o zalecenia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego, wynikające z publikacji przywołanego w siwz Instytutu Żywności i Żywienia i spełniają wymagania zamawiającego zawarte w siwz. Ponadto do odwołania załączono opinię dotyczącą sposobu obliczania wartości odżywczych, kaloryczności opracowaną przez mgr inż. chemika spożywczego Specjalistę Higieny Panią Iwonę Rudnicką.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu z zachowaniem terminu zawartego w art. 180 ust. 5 Pzp.

3 lipca 2012 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

6 lipca 2012 r. w formie pisemnej zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Grek. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia. W treści pisma Grek podnosił, że posiada interes prawny przejawiający się w tym, że w wyniku uznania odwołania zostanie naruszona zasada równego traktowania wykonawców, gdyż inne oferty zostały uznane za niezgodne z siwz z przyczyn podobnych do tych, z jakich zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2012 r. odrzucił ofertę odwołującego. Ponadto Grek wskazywał, że w przypadku uznania odwołania zostanie on pozbawiony możliwości udziału w nowym postępowaniu.

13 lipca 2012 r. odwołujący złożył opozycje przeciw przystąpieniu wykonawcy Grek do postępowania odwoławczego. W piśmie odwołujący podnosił, że oferta Grek, tak jak pozostałych wykonawców, została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Poza tym oferta wykonawcy znajduje się na trzecim miejscu w rankingu ofert. Ponadto stwierdzenie, jakoby zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z podobnych przyczyn jak pozostałych wykonawców, w ocenie Serenissima, jest niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący podkreślał, że Grek nie posiada interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zwracał uwagę, że wykonawca nie może uzyskać zamówienia bowiem zajmuje 3 miejsce w rankingu ofert.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz dowody złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że w specyfikacji w dziale II – Opis przedmiotu zamówienia – w pkt 4 lit. a (str. 3) zamawiający określił, że wymaga od oferenta przygotowywania posiłków, o których mowa w pkt. 1 z uwzględnieniem diet specjalistycznych oraz bezwzględnej realizacji zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego i Instytutu Żywności i Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości zdrowotnej żywności.

W załączniku 1C „Normy żywienia dla poszczególnych diet” zamawiający określił szczegółowe wymagania w tym zakresie, tj. kcal oraz ilość poszczególnych składników w diecie m. in. takich jak białko, tłuszcze, węglowodany, witaminy. W wariantach VII a - dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów niskokaloryczna - pod lit. a zamawiający podał: Energia – 1000 kcal.

Pismem z dnia 7 maja 2012 r. na zadane w dniu 30 kwietnia 2012 r. pytanie wykonawcy zamawiający odpowiedział następująco:

Pytanie: „Czy zamawiający żąda przygotowania jadłospisów dla diet wyjściowych (I, II, III, V, VI, VII, VIII) uwzględnionych w załączniku 1C czy również dla wariantów przedstawionych diet. Czy w jadłospisach Zamawiający żąda podania wszystkich wartości odżywczych tak jak w załączniku 1C, czy tylko wartości podstawowych, tj. białko, węglowodany, wartość energetyczna oraz witaminy A i C ?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga opracowania jadłospisu dekadowego bez wartości odżywczych na poszczególne diety lecznicze:

- 1. dieta podstawowa,*
- 2. dieta lekko strawna,*
- 3. dieta lekko strawna niskotłuszczowa,*
- 4. dieta lekko strawna – trzustkowa,*
- 5. dieta lekko strawna z ograniczeniem substancji pobudzających wydzielanie soku żołądkowego,*
- 6. dieta płynna wysokobiałkowa miksowana do sond,*
- 7. dieta papkowa,*
- 8. dieta niskobiałkowa – bezsolna,*
- 9. dieta wysokobiałkowa,*
- 10. dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów zwykłą (podstawowa),*
- 11. dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów: 1200 kalorii,*

12. dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów – trzustkowa bezmleczna.

Izba ustaliła, że zamawiający nie sprecyzował w siwz wymagania w zakresie szczegółowości z jaką powinien być sporządzony jadłospis, nie sporządził również załącznika do siwz, stanowiącego wzór do określającego stopnia szczegółowości jadłospisu.

W pkt. 18 lit. f zamawiający poinformował, że wykonawca będzie zobowiązany zapewnić dla Oddział Dializ – Kanapki („bułka z masłem”).

W ofercie odwołującego dla poszczególnych diet w jadłospisach zaoferowano:

1. Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów 1200 kalorii (str. od 40 do 44 oferty):
 - na str. 40 – Dzień pierwszy – Kolacja – Krakowska 50 g,
 - na str. 41 – Dzień trzeci – Śniadanie II – Budyń b/c 150 ml, obiad potrawka mięsna 150 g;
2. Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, trzustkowa, bezmleczna (str. od 55 do 59 oferty) - na str. 55 – Dzień pierwszy – Obiad – marchew got. 120 g,
3. Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów (str. od 35 do 39 oferty): w każdym dniu na śniadanie zupa mleczna 400 ml np. manna na mleku, kukurydzianka na mleku, makaron na mleku, ryż na mleku, płatki owsiane na mleku itp.
4. Dieta lekkostrawna niskotłuszczowa str. od 16 do 19 oferty) – Dzień pierwszy – Obiad – pulpet drob. 90 g w sosie jarzynowym, Kolacja – Krakowska 50g,
5. Dieta niskobiałkowa bezsolna (str. od 50 do 54 oferty) – Dzień pierwszy – Śniadanie - pieczywo 150 g, Obiad – pulpet drob. 50 g w sosie jarzynowym b/soli.

Izba ustaliła, że zamawiający nie występował do Serenissima o podanie szczegółowych informacji dotyczących opracowanych jadłospisów, w tym: informacji o zawartości energii i składników odżywczych w produktach użytych do skomponowania jadłospisów.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również:

1. Wyciąg z publikacji wydane przez Instytut Żywności i Żywienia pt. Podstawy Naukowe Żywienia w Szpitalach (pod red. prof. dr hab. med. Jana Dzieniszewskiego, Warszawa 2001) - rozdział 7 , Modelowe diety lecznicze i diety specjalne (str. 376 - 391),

2. Wyciąg z publikacji „Praktyczny przewodnik dietetyka” pod. red prof. dr hab. n.med. M. Jarosza , wyd. IŻŻ, W-wa 2010 rok (str. 344, 384-385),
3. Pismo odwołującego z dnia 25 czerwca 2012 r. skierowane do Powiatowego Państwowego Inspektora Sanitarnego w Łodzi wraz z odpowiedzią z dnia 27 czerwca 2012 r.
4. Opinię z dnia 27 czerwca sporządzoną przez Iwonę Rudnicką mgr inż. Chemika spożywczego, Specjalistę higieny.

Podczas rozprawy, w oparciu o twierdzenia stron Izba ustaliła, że normy wyżywienia i żywienia, na które powołał się zamawiający w siwz są wymienione w zarządzeniach, zaleceniach, wytycznych i publikacjach Instytutu Żywności i Żywienia. Zamawiający oświadczył, że w jego placówce nie opracowano odrębnych norm w ww. zakresie, które obowiązywałyby w Szpitalu.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Kolejno Izba odniosła się do skuteczności przystąpienia do postępowania po odwoławczego wykonawcy Grek wskazując, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wypełnili prawidłowo przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, wobec tego należy stwierdzić, że nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba wskazuje, że dla skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego, poza zgłoszeniem przystąpienia w odpowiedniej formie oraz w określonym terminie, wymagane jest przede wszystkim posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której dany wykonawca przystępuje. W ocenie Izby wykonawca Grek przystępujący po stronie zamawiającego nie legitymuje się posiadaniem interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której chciał przystąpić, tj. w tym przypadku zamawiającego.

Izba argumentację prezentowaną przez wykonawcę Grek w rozpoznawanym zakresie uznała za niezasadną. Wykonawca podnosił, że posiada interes prawny przejawiający się w tym, że w wyniku uznania odwołania zostanie naruszona zasada równego traktowania wykonawców, gdyż inne oferty zostały uznane za niezgodne z siwz z przyczyn podobnych do tych, z jakich zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2012 r. odrzucił ofertę odwołującego. Z ustaleń Izby wynika, że oferta Grek została skutecznie odrzucona z uwagi na ich niezgodność ze specyfikacją. Nie sposób zgodzić się również z argumentacją Grek, który wykazując interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego podnosił, że wskutek uznania odwołania zostanie on pozbawiony możliwości udziału w nowym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego. Odnosząc się do powyższego Izba zwraca uwagę, że interes wykonawcy winien konkretyzować się w danym postępowaniu, a w przedmiotowym przypadku brak takiego interesu.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji i stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

W rozpoznawanej sprawie przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie przygotowania i podawania posiłków do pacjenta. W treści specyfikacji w dziale II – Opis przedmiotu zamówienia – w pkt 4 lit. a (str. 3) zamawiający wprost wskazał, że wymaga od oferenta przygotowywania posiłków z uwzględnieniem diet specjalistycznych oraz bezwzględnej realizacji zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego i Instytutu Żywności i Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości zdrowotnej żywności. Wobec powyższego wykonawcy przygotowując oferty byli zobligowani do sporządzenia jadłospisów z uwzględnieniem zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego i Instytutu Żywności i

Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości zdrowotnej żywności.

Nie jest również spornym, że zamawiający nie żądał obliczeń wartości odżywczych do przedstawianych w ofercie jadłospisów a jedynie wymagał opracowania jadłospisu dekadowego na poszczególne diety lecznicze. Świadczy o tym odpowiedź zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 7 maja 2012 r. Ponadto w omawianym piśmie zamawiający zmodyfikował treść siwz, gdyż podwyższył ilość kalorii dla diety z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów z 1000 na 12000.

W związku z tym, że w specyfikacji zamawiający nie podał szczegółowych danych dotyczących sposobu opracowania jadłospisów dla poszczególnych diet a odwołał się m. in. do norm Instytutu Żywności i Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości zdrowotnej żywności, to w omawianej sprawie kluczowym jest stwierdzenie, czy jadłospisy opracowane przez odwołującego są z nimi zgodne, co w konsekwencji przesądza o ich zgodność z treścią siwz.

Izba po zbadaniu zgodności treści oferty odwołującego w zakresie kwestionowanych jadłospisów dla określonych diet z ww. normami nie stwierdziła niezgodności w tym zakresie.

Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego, że ustalenie czy wartość energetyczna całodziennego wyżywienia, jak również zawartość poszczególnych składników odżywczych jest zgodna z normą, jest możliwe tylko wtedy, gdy znane są oceniającemu jadłospisy, wszystkie zastosowane produkty użyte do wytworzeń posiłków. Bez znajomości szczegółowych receptur zakładowych, nie można stwierdzić, czy wartość energetyczna posiłku jest za wysoka, czy została zawyżona zawartość tłuszczu i białka albo zaniżona zawartość tłuszczu. Powyższe stanowisko potwierdza pismo Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Łodzi, gdzie podano, że w ocenie sposobu żywienia bierze się pod uwagę: jadłospis dekadowy (urozmaicenie, dobór technologii produkcji posiłków, właściwy dobór barw, smaków, zapachów, dostosowanie do pory roku), raport magazynowy, obliczenie teoretycznej wartości energetycznej i odżywczej posiłków na podstawie tabel składów i wartości odżywczej, porównanie z zalecanymi normami, ocenę zbilansowania posiłków z punktu widzenia udziału energii z białka, tłuszczów oraz porównania zawartości istotnych składników odżywczych z zalecanymi normami żywienia.

Tym samym skoro zamawiający nie wymagał podania w ofercie szczegółowych informacji niezbędnych do ustalenia poziomu zawartości energii i składników odżywczych w

użytych do skomponowania jadłospisów produktach, a także nie występował do Serenissima o podanie tych danych, to mając tylko jadłospisy zawierające gramatury poszczególnych potraw oraz nazwy zwyczajowe produktów, nie miał możliwości ustalenia, a tym samym stwierdzenia, że wartość energetyczna całodziennego wyżywienia, jak również zawartość poszczególnych składników odżywczych zawarta w jadłospisach sporządzonych przez odwołującego jest niezgodna z normą, a w konsekwencji niezgodna z treścią specyfikacji.

Wobec powyższego argumentację zamawiającego w omawianym zakresie Izba uznała za chybioną. Podczas rozprawy zamawiający podnosił, że oferta odwołującego w zakresie:

- Dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów 1200 kalorii zawiera nieprawidłową wartość, ponieważ wyliczoną przez zamawiającego wartość to 1671 kcal. Wyliczeń zamawiający dokonał w oparciu o tabele książkowe zawarte w publikacji pani prof. Hanny Kunachowicz. Zamawiający odwoływał się do jadłospisu dnia trzeciego (str. 41 oferty) wskazując, że potrawka mięsna, która została użyta w tym jadłospisie do obiadu nie powinna być użyta, ponieważ jest to zbyt tłustą potrawą dla tej diety. Tak samo tłuste gatunki wędlin do kolacji. Ponadto wyjaśniał, że w tej diecie nie podaje się budyniu. Jego zdaniem podanie powyżej wymienionych produktów powoduje podwyższenie ilości kalorii, które są w niniejszej diecie nieprzekraczalne, ponieważ jest to dieta dla osób odchudzających się z cukrzycą. Wskazuje, że w jego ocenie w jadłospisie zastosowano zbyt małą ilość surówek, natomiast za dużo pieczywa, które powoduje również podwyższenie kaloryczności posiłku. Tożsamą argumentację zamawiający prezentował w odniesieniu do podawania w ww. diecie masła.

- Dieta lekkostrawna niskotłuszczowa – dieta dla pacjentów, którzy są po operacjach. W takich przypadkach zdaniem zamawiającego winno podawać się przede wszystkim np. chude gatunki wędlin, mięsa, np. filet drobiowy, natomiast w oferta odwołującego (jadłospis od strony 16 do 19 oferty) zawiera produkty obfitujące w zbyt dużą ilość tłuszczu, np. w dniu pierwszym zaoferowano kielbasę krakowska i pulpety drobiowe. Wskazuje, że z norm wynika, że w tej diecie tłuszczu powinno być do 40 g, podczas gdy w ofercie odwołującego mamy do czynienia z przekroczeniem o ponad 10% powyższej normy. Tym samym oferta jest niegodna z siwz.

- Dieta niskobiałkowa bezsolna – zamawiający podnosił, że w tej diecie należy ograniczyć białko roślinne, zatem np. zamiast chleba pszennego czy też mąki pszennej należy podawać pieczywo niskobiałkowe i mąkę niskobiałkową, podczas gdy nie ma to odzwierciedlenia w ofercie odwołującego. Zamawiający wskazywał, że w ofercie odwołującego posłużono się jedynie stwierdzeniem „pieczywo”, bez określenia jego charakterystyki zamawiający wyjaśnia, że w takim przypadku należy uznać, że odwołujący zaoferował pieczywo pszenne, ponieważ gdyby zaoferował pieczywo niskobiałkowe, czy też mąkę niskobiałkową, wówczas

posłużyłby się określeniem „pieczywo niskobiałkowe, mąka niskobiałkowa”. Wskazuje, że w diecie tej można zwiększyć białko zwierzęce, natomiast nie podaje się płynów, w szczególności zup i kompotów, a także należy ograniczyć fosforany i potas u pacjentów nefrologicznych, zatem nie powinno się podawać owoców i warzyw, a jeżeli już to ich znikome ilości.

Izba wyliczenia zamawiającego odnoszące się do diety z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów 1200 kalorii, w zakresie kaloryczności posiłków w danym dniu o wartości 1671 kcal uznała za błędne, ponieważ w ocenie Izby zamawiający nie posiadał wystarczających danych aby precyzyjnie określić wartość energetyczną posiłków w danym dniu. Powołanie się przez zamawiającego na fakt, że z jego doświadczenia wynika, że jeżeli w jadłospisie podano „potrawka mięsna” to jest to potrawka z wieprzowiny zdaniem Izby jest nieuprawnione, ponieważ wykonawca nie określił rodzaju mięsa w oparciu o które będzie sporządzona ww. potrawa. Tożsamą argumentację należy zastosować, do zaoferowania przez odwołującego w tym jadłospisie kielbasy krakowskiej. Izba zgadza się z odwołującym, że nazwa „kielbasa krakowska” jest jedynie nazwą handlową. Z samej nazwy nie sposób wywieść jaki jest skład produktu, tj. na bazie jakiego mięsa został sporządzony a także jaka jest jego wartość energetyczna.

Odnosząc się zaś do wyliczeń zamawiającego dokonanych w oparciu o publikację w prof. Hanny Kunachowicz Izba za trafną uznała argumentację odwołującego, który podnosił, że z jego wiedzy wynika, że ostatnia publikacja tego autora została wydana w 2008 r. i zdaje się być nie do końca aktualna, biorąc pod uwagę fakt, że postępowanie jest prowadzone w 2012 r. W tym czasie na rynek zostało wprowadzonych szereg nowych produktów, a także skład produktów objętych publikacją mógł ulec zmianie w okresie ostatnich 4 lat. Wobec tego kluczowym w takim przypadku są deklaracje producenta.

Nie sposób zgodzić się z również z twierdzeniami zamawiającego, że jadłospis sporządzony przez odwołującego w zakresie diety lekkostrawnej niskotłuszczowej zawiera produkty zawierające zbyt dużo tłuszczu, np. w dniu pierwszym kielbasa krakowska, pulpety drobiowe. Zdaniem Izby bez szczegółowych danych zamawiający nie jest w stanie tego stwierdzić. Zatem ww. twierdzenia Szpitala Izba uznała za nieuzasadnione.

Tożsame stanowisko Izba prezentuje w zakresie opinii zamawiającego, odnoszącej się do diety niskobiałkowej bezsolnej. Tym samym Izba uznaje powtarzanie powyżej prezentowanej argumentacji za niecelowej. Dodaje jedynie, że niczym nie poparte jest stanowisko zamawiającego, który z określenia „pieczywo” wywodził, że skoro wykonawca nie określił charakterystyki pieczywa to znaczy, że zaoferował pieczywo pszenne. Zdaniem

Szpitala, gdyby odwołujący zaoferował pieczywo niskobiałkowe, czy też mąkę niskobiałkową, wówczas posłużyłby się określeniem „pieczywo niskobiałkowe”, „mąka niskobiałkowa”. W ocenie Izby tego rodzaju interpretacja treści oferty wykonawcy stanowi nadużycie ze strony zamawiającego szczególnie, że sam zamawiający w kwestii specyfiki pieczywa w treści siwz posługuje się ogólnikami. Wystarczy spojrzeć na treść pkt 18 lit. f siwz, gdzie zamawiający wskazał, że wykonawca będzie zobowiązany zapewnić dla Oddział Dializ – Kanapki („bułka z masłem”). Z powyższego opisu nie sposób również wywieść jaki rodzaj bułki zamawiający miał na myśli, gdyż na rynku występuje wiele szeroki rodzaj asortymentu, np. grahamki, bułki maślane itp.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że zamawiający w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego podał:

- dieta z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów 1200 kalorii - w jednym zaproponowanym jadłospisie podano za dużo kalorii,
- dieta lekkostrawna niskotłuszczowa - jeden zaproponowany jadłospis zawiera za dużo tłuszczu,
- dieta niskobiałkowa bezsolna - w jednym z zaproponowanych jadłospisów jest za mało tłuszczu i za dużo białka.

W związku z powyższym na etapie rozprawy niedopuszczalnym jest podnoszenie, że w tych dietach nie można stosować poszczególnych produktów wymienionych w jadłospisach sporządzonych przez odwołującego, gdyż zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy jako niezgodną z treścią siwz na podstawie jej konkretnej treści opisanej powyżej. Zatem powoływanie dodatkowych okoliczności na rozprawie, wcześniej niewskazywanych przez zamawiającego w treści pisma o odrzuceniu odwołania, przez zamawiającego Izba uznaje nieuprawnione.

Następnie Izba odniosła się do kwestii zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz w zakresie diety z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, trzuskowa, bezmleczna gdzie na str. 55 oferty odwołujący w jadłospisie w dniu pierwszym na obiad zaoferował marchew got. 120 g, podczas gdy w ocenie zamawiającego w tej diecie nie można tego warzywa podawać chorym.

Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o złożony wyciąg z publikacji wydanej przez Instytut Żywności i Żywienia pt. „Podstawy Naukowe Żywienia w Szpitalach” wynika, że stosowanie marchwi w tej diecie jest dopuszczalne. Otóż w tabeli 7.1.10 - Produkty i potrawy dozwolone i przeciwwskazane w diecie ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów -przy warzywach w kolumnie „Zalecane” podano: wszystkie warzywa świeże i mrożone na

surowo lub gotowane, bez dodatku zasmażki, majonezu (można go zastąpić jogurtem 0% tł.). W kolumnie dla warzyw tej diecie „przeciwwskazane” podano: „warzywa z zasmażkami, smażone, duszone na innym tłuszczu niż rzepakowy lub oliwkowy”. Natomiast zgodnie z „Praktycznym przewodnikiem dietetyka” pod. red prof. dr hab. n.med. M. Jarosza (str. 284) warzywa zalecane dla chorych na przewlekłe zapalenie trzustki to: marchew, buraki, ogórki i pomidory bez skórki, sałata zielona, pietruszka, cukinia, bakłażan, młoda fasolka szparagowa, por, brokuły, kalafior, szpinak.

Zdaniem Izby z powyższego wynika jasno, że marchew gotowana nie jest nie tylko warzywem przeciwwskazanym a wręcz zalecanym. Jedynie zaoferowanie jej z zasmażką, smażonej, duszonej na innym tłuszczu niż rzepakowy lub oliwkowy - co nie ma mam miejsca w rozpoznawanym przypadku - mogłoby spowodować uznanie przez zamawiającego, że odwołujący naruszył zalecenia zawarte w opisanych powyżej normach, a tym samym jego oferta jest niezgodna z siwz. Samo stwierdzenie przez zamawiającego, że „jeden proponowany jadłospis zawiera marchew gotowaną – potrawę zabronioną” jest niewystarczające aby stwierdzić, że odwołujący nie zastosował się do norm wskazanych przez zamawiającego w treści siwz.

Na końcu Izba odniosła się do zarzutów sformułowanych przez zamawiającego w stosunku do oferty odwołującego w zakresie diety z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, w której odwołujący w jadłospisie w każdym dniu na śniadanie zaoferował potrawę na mleku 400 ml np. manna, kukurydzianka, makaron, ryż, płatki owsiane itp.

Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o złożony wyciąg z publikacji wydane przez Instytut Żywności i Żywienia pt. Podstawy Naukowe Żywienia w Szpitalach wynika, że podawanie mleka w tej diecie jest dopuszczalne. Otóż w tabeli 7.1.10 Produkty i potrawy dozwolone i przeciwwskazane w diecie ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów przy zupach w kolumnie „Zalecane” podano: zupy mleczne (na mleku 0% lub 0,5%). W kolumnie dla zup tej diecie „przeciwwskazane” podano: „zupy zaprawiane zasmażkami, ze śmietaną, zupy tłuste, rosoly, zupy w proszku”.

Izba wskazuje, że z powyższego wynika wprost, że podawanie zup mlecznych w tej diecie jest dopuszczalne pod warunkiem, że są one sporządzane na mleku 0% lub 0,5%. W ofercie odwołującego nie wskazano o jakiej zawartości tłuszczu mleko zaoferowano. Wobec tego nie sposób przesądzić, że odwołujący będzie podawał mleko o zawartości tłuszczu innej 0% lub 0,5%.

W pozostałym zakresie argumentacja Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną powyżej przy zagadnieniu diety z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, trzustkowa, bezmleczna.

Dodatkowo jedynie Izba zwraca uwagę na brak jednolitości stanowiska zamawiającego, który na początku rozprawy podnosił, że wszystkie produkty mleczne w tej diecie są wykluczone z uwagi na to, że posiadają cukier mleczny, czyli glukozę i laktozę, która powoduje wzrost poziomu cukru we krwi. Tym samym produkty mleczne nie powinny być podane. Dopuszczalne są jedynie produkty mleczne przetworzone, np. kefir, jogurty, sery. Następnie zaś zgadzał się z odwołującym, że możliwe jest podanie mleka, jednakże podkreślał, że może być podana jedna jednostka (musi to być mleko przetworzone), natomiast w ofercie odwołującego tych jednostek jest wskazanych więcej.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała za zasadne zwrócenie uwagi, że specyfikacja jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 30 marca 2012 r. sygn. akt KIO 510/12 w stwierdzono: *„(...) z jednej strony określa wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które mają spełniać oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu badając i oceniając oferty zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. (...)”*

Biorąc pod uwagę powyższe oczywistym jest, że zamawiający dokonując badania i oceny ofert winien kierować się postanowieniami specyfikacji, które zostały ustanowione przez zamawiającego zakreślają ramy jego działania.

W rozpoznawanym stanie faktycznym wskazanie przez zamawiającego w siwz, że wykonawcy przygotowując oferty będą zobligowani do sporządzenia jadłospisów z uwzględnieniem zarządzeń i zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego i Instytutu Żywności i

Żywienia w sprawie norm wyżywienia i żywienia, jakie obowiązują w zamkniętych zakładach żywienia zbiorowego oraz jakości zdrowotnej żywności, kłóci się następnie z działaniem twierdzeniami zamawiającego, który badanie i ocenę ofert przeprowadza w oparciu o praktyki dotychczas stosowane w Szpitalu, które nie mają odzwierciedlenia w siwz oraz wiedzę na temat wykonawcy, której nie można uznać w omawianym aspekcie za miarodajną. Powyższe działanie zamawiającego należy zakwalifikować jako nieprawidłowe i nietransparentne.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu stwierdziła, że zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego a w konsekwencji unieważnił prowadzone postępowanie, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co niewątpliwie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 310.40 zł oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej faktury VAT oraz rachunków.

Przewodniczący: