

WYROK
z 22 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie 22 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Zakłady Mięsne Nowy Żmigród Sp. z o.o. z siedzibą w Mytarzu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w ramach Pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert w ramach Pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Zakłady Mięsne Nowy Żmigród Sp. z o.o. z siedzibą w Mytarzu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Zespołu Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej na rzecz Odwołującego - Zakłady Mięsne Nowy Żmigród Sp. z o.o. z siedzibą w Mytarzu kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

.....

Uzasadnienie

Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zakup wraz z dostawą mięsa, wędlin i produktów drobiowych”, numer: 17/20/ZP, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 lipca 2020 r. pod numerem 558704-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 sierpnia 2020 r. wykonawca Zakłady Mięsne Nowy Żmigród Sp. z o.o. z siedzibą w Mytarzu (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezzasadne zastosowanie tego przepisu na skutek błędnego uznania, iż złożona przez Odwołującego oferta w Pakiecie 1 nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Pakietu 1,
2. dokonanie ponownej oceny ofert w ramach Pakietu nr 1 z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu: karty Opisu produktu o nazwie handlowej „Kiełbasa Kminkowa” na okoliczność wykazania faktu, iż ten produkt wskazany w ofercie Odwołującego spełniał wymogi SIWZ w Pakiecie nr 1 w poz. 12,
4. zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów poniesionych w związku z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, w przypadku ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący złożył ofertę w ramach Pakietu nr 1 i 2. 6 sierpnia 2020 r. otrzymał informację, iż jego oferta z Pakietu nr 1 została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. W konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę innego wykonawcy,

mimo, że złożona przez Odwołującego oferta była najkorzystniejsza pod względem cenowym. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ, ze względu na fakt, iż Odwołujący w ramach pozycji 12 Pakietu nr 1: „Kiełbasa krakowska” zawartość mięsa min. 50 %” wskazał kiełbasę kminkową. Odwołujący wskazał przy tym, że jest to tylko nazwa handlowa produktu w pełni odpowiadającego wymogowi SIWZ, co do zawartości mięsa min. 50 %.

W ocenie Odwołującego Zamawiający odrzucił jego ofertę z postępowania sprzecznie z przepisami Pzp.

Zdaniem Zamawiającego oferowana kiełbasa nie była produktem równoważnym, gdyż duża zawartość kminku nadaje jej specyficzny smak i zapach, a kminek może powodować dyskomfort u pacjentów, dlatego też używa się go sporadycznie i tylko w przypadku diety podstawowej. Powyższe uzasadnienie nie znalazło jednak żadnej podstawy w treści SIWZ, ani też w dokumentacji posiadanej przez Zamawiającego. W Rozdziale III SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, w punkcie 4 wskazano informację, iż ilekroć w SIWZ i dokumentacji przedmiot zamówienia opisany jest ze wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to przyjmuje się, że wskazaniom takim towarzyszą wyrazy „lub równoważne”. Zamawiający w związku z tym dopuszczał możliwość złożenia oferty zawierającej rozwiązania równoważne.

Tym samym Zamawiający dopuścił zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji przetargowej, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w dokumentacji przetargowej stanowiącej załączniki do SIWZ. Wskazana w SIWZ w Pakiecie nr 1 w poz. 12 „Kiełbasa krakowska” jest jedynie przykładową nazwą handlową produktu i jedynym wymaganiem jakie Zamawiający postawił odnośnie tego, co ten produkt winien zawierać była minimalna zawartość mięsa.

Zamawiający nie postawił żadnych innych warunków dotyczących składu produktu o nazwie „Kiełbasa krakowska”.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z Pakietu nr 1 było niezrozumiałe. Zamawiający wskazał, że produkt o nazwie handlowej „Kiełbasa kminkowa” nie jest produktem równoważnym do produktu o nazwie handlowej „Kiełbasa krakowska”, gdyż duża zawartość kminku w tej kiełbasie nadaje jej specyficzny smak i zapach, a przyprawa ta może powodować dyskomfort u pacjenta. Zamawiający nie określił jednak co rozumiał przez dużą zawartość kminku. Zamawiający nie wykazał, które z postanowień SIWZ wykluczało możliwość objęcia ofertą produktów wędliniarskich zawierających dodatek kminku lub innych przypraw.

Zaoferowana przez Odwołującego kiełbasa kminkowa zawiera 65% mięsa zatem spełniła z nawiązką jedyny warunek stawiany przez Zamawiającego w SIWZ. Wbrew twierdzeniom

Zamawiającego ilość kminku w składzie oferowanej kielbasy była śladowa, gdyż zawierała go 1%.

25 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący, w sposób celowy lub nie, próbował wprowadzić Izbę w błąd. Jak wynikało z dokumentacji dołączonej do oferty Odwołującego - opisu produktu „Kielbasa kminkowa” (składniki), zawartość kminku Odwołujący określił na poziomie 1,5%, podczas gdy w ramach dowodu w postępowaniu odwoławczym ten sam produkt zawierał informację o 1,0 % kminku. Zgodnie z definicją Kielbasy krakowskiej (niem. Krakauer) zaczerpniętej z portalu Wikipedia jest to tradycyjna, wędzona gruba kielbasa wieprzowa o prostych odcinkach, występująca w postaci kielbasy zwykłej (nietrwałej) i suchej (trwałej). Zasadnicze składniki to mięso wieprzowe, sól i przyprawy. W Austrii jest wyrobem garmażeryjnym znajdującym się na liście tradycyjnych produktów żywnościowych objętych ochroną prawną z wpisem do Register der Traditionellen Lebensmittel.

Od 28 sierpnia 2018 r. kielbasa krakowska sucha staropolska wpisana jest do Europejskiego Systemu Ochrony Produktów Regionalnych i Tradycyjnych. Receptura produkcji kielbasy krakowskiej nie zakłada dominacji żadnej z przypraw. Niewątpliwe dodanie do kielbasy 1,5% kminku powoduje, iż nie jest to już kielbasa krakowska, a kielbasa przyprawowa, w tym przypadku kminkowa.

Zamawiający zaprzeczył, by kielbasa kminkowa była równoważna z kielbasą krakowską. Niewskazanie w SIWZ składu przypraw (dominujących) nie uzasadniało z kolei tezy, iż każdy produkt, bez względu na nazwę, posiadający minimum 50% zawartości mięsa wieprzowego realizował wymagania Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ wymagał produktu pod zwyczajową nazwą „kielbasa krakowska”, a nie produktu pod zwyczajową nazwą „kielbasa kminkowa”. „Kielbasa Krakowska” jest powszechnie znana, uznawana przez konsumentów i produkowana przez producentów wg tradycyjnej receptury i składu. Jest to wyrób wieprzowy, grubo rozdrobniony, wędzony i parzony. Przeciętny konsument rozpoznaje smak „kielbasy krakowskiej” i dokonując zakupu wie jakiego smaku kielbasy może się spodziewać.

Zgodnie z art 22 ust. 1c rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25 października 2011 r. oznaczenie ilości składnika lub kategorii składników użytych do wytwarzania lub przygotowania danego środka spożywczego jest obowiązkowe, gdy dany składnik lub dana kategoria składników są istotne w celu scharakteryzowania danego środka spożywczego i odróżnienia go od produktów, z którymi mógłby być mylony ze względu

na jego nazwę lud wygląd.

Z art. 17 ust. 1 cytowanego rozporządzenia wynika, iż nazwa środka spożywczego jest jego nazwą przewidzianą w przepisach. W przypadku braku takiej nazwy, nazwą środka spożywczego jest jego nazwa zwyczajowa, a jeśli nazwa zwyczajowa nie istnieje lub nie jest stosowana, przedstawia się nazwę opisową tego środka spożywczego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 20 rozporządzenia przez nazwę zwyczajową należy rozumieć nazwę, która jest akceptowana jako nazwa środka spożywczego przez konsumentów w państwie członkowskim, w którym żywność ta jest sprzedawana, bez potrzeby jej dalszego wyjaśniania. Takimi też nazwami zwyczajowymi są nazwy kielbas: „krakowska” i „kminkowa”. W przypadku kielbasy o zwyczajowej nazwie „kielbasa kminkowa” dominującym smakiem jest smak kminku. Przyprawa ta nadaje produktom specyficzne walory smakowo — zapachowe nieakceptowane przez wszystkich konsumentów. Producent używając tej nazwy, zgodnie z ww. Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z 25 października 2011 r., musiał być świadomy, iż nie jest to produkt równoważny z kielbasą krakowską.

„Kielbasa kminkowa” nie jest jedynie terminem handlowym jakim posługuje się Odwołujący. Powszechnie wiadomo, iż na tzw. rynku wędliniarskim kielbasa krakowska i kielbasa kminkowa nie są produktami zamiennymi lecz indywidualnie oznaczonymi produktami charakteryzującymi się składem, zapachem oraz smakiem.

Odwołujący posiadał w swoje ofercie handlowej produkt o nazwie „Kielbasa krakowska”, co bez wątplenia potwierdzało, iż sam Odwołujący rozróżnia te dwa produkty.

Zamawiający nie zgodził się z argumentem Odwołującego, aby kminek zastosowany przez niego jako składnik „Kielbasy kminkowej” miał jedynie śladowy udział. Zawartość kminku na poziomie 1,0 – 1,5% przyprawy w produkcie to wartość bardzo duża i nadająca produktowi charakterystyczny smak.

Zamawiający nie prowadzi np. restauracji, czy jadłodajni o charakterze powszechnym lecz stołówkę dla pacjentów, dla których składnik w postaci kminku może być stosowany wyłącznie w diecie podstawowej. Faktem powszechnie znanym i niewymagającym dowodu jest specyficzny zapach i smak kminku. Przyprawa ta nie jest wskazana dla diety osób przebywających w placówce medycznej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z częścią III SIWZ, pkt 3 "Opis przedmiotu zamówienia" zamówienia obejmuje dwa pakiety (części), a szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 2 do SIWZ. Dokument ten, w ramach pakietu nr 1 przedmiotu zamówienia w następujący sposób określa przedmiot zamówienia w zakresie dotyczącym odwołania: „Kiełbasa krakowska. Zawartość mięsa min. 50 %”.

Odwołujący, w swojej ofercie, w załączniku nr 2, Pakiet nr 1, poz. 12 wskazał, że oferuje kiełbasę kminkową.

22 lipca 2020 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w następującym zakresie: „Specyfikacja produktu pakiet 1 pozycja od 11-24 (tzn. karta produktu lub opis produktu) zawierający informacje o: składzie produktu, wartości odżywczej w 100 g produktu, % zawartości mięsa, rodzaju opakowania, warunkach przechowywania, terminie przydatności, masie netto produktu, nazwie i adresie producenta lub dystrybutora, substancjach alergennych, oraz wzór etykiety - Oznakowanie zgodne z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r.”. W odpowiedzi Odwołujący 22 lipca 2020 r. przesłał Zamawiającemu szereg kart produktów, w tym kartę produktu kiełbasa kminkowa i kiełbasa krakowska extra.

Kiełbasa kminkowa określona została jako: „wyrób wieprzowy grubo rozdrobniony, wędzony, parzony z dodatkiem ziaren kminku w osłonce niejadalnej”. Skład produktu był następujący:

1. Mięso wieprzowe 65%,
2. woda,
3. mąka ziemniaczana,
4. sól,
5. izolat i hydrolizat białka sojowego,
6. kminek (1,5%),

7. substancja stabilizująca E451 i E450a E452i,
8. substancja zagęszczająca E407a E415,
9. wzmacniacz smaku E621 E635,
10. błonnik owsiany,
11. cukier,
12. maltodekstryna,
13. białko wieprzowe,
14. przeciwutleniacz E-316 E301,
15. przyprawy i ekstrakty przypraw,
16. aromaty kolendry,
17. substancja konserwująca E250.

Kiełbasa krakowska extra określona została jako: „wyrób wieprzowy grubo rozdrobniony, wędzony, parzony w osłonce niejadalnej”. Skład produktu był następujący:

1. Mięso wieprzowe 65%,
2. woda,
3. mąka ziemniaczana,
4. sól,
5. izolat i hydrolizat białka sojowego,
6. substancja stabilizująca E451 i E450a E452i,
7. substancja zagęszczająca E407a E415,
8. wzmacniacz smaku E621 E635,
9. błonnik owsiany,
10. cukier,
11. maltodekstryna,
12. białko wieprzowe,
13. przeciwutleniacz E-316 E301,
14. przyprawy i ekstrakty przypraw,
15. aromaty kolendry,
16. substancja konserwująca E250.

Porównanie ww. składów obu produktów prowadzi do wniosku, że jedyną różnicą między obydwojema produktami był kminek zawarty w kiełbasie kminkowej.

6 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze najkorzystniejszych ofert w ramach obu części postępowania. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Odwołującego z postępowania. Jako uzasadnienie dokonanej czynności Zamawiający wskazał: „Zamawiający w pakiecie 1 w poz. 12 wymagał: Kiełbasa krakowska. Zawartość mięsa

min. 50%. Wykonawca oferuje Kminkową. Kielbasa kminkowa nie jest produktem równoważnym. Duża zawartość kminku w tej kielbasie nadaje jej specyficzny smak i zapach. Przyprawa ta może powodować dyskomfort u pacjenta, dlatego też używa się jej sporadycznie i tylko w przypadku diety podstawowej”.

W ocenie Izby czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w zakresie części I była nieprawidłowa.

W części III SIWZ, pkt 4 Zamawiający wskazał:

„Zamawiający informuje, że ilekroć w niniejszej SIWZ i dokumentacji, o której mowa wyżej, przedmiot zamówienia jest opisany ze wskazaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to przyjmuje się, że wskazaniom takim towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Zamawiający w związku z powyższym dopuszcza możliwość złożenia oferty zawierającej rozwiązania równoważne. Oznacza to ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji przetargowej, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w dokumentacji przetargowej stanowiącej załączniki do niniejszej siwz.

Wskazanie przez Wykonawcę materiałów i urządzeń równoważnych bez przedstawienia dokumentów na potwierdzenie równoważności spowoduje wezwanie Wykonawcę do przedstawienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”.

Wobec powyższego nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie mu produktów równoważnych do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zwrócić przy tym należy uwagę na sposób, w jaki Zamawiający opisał sporną kielbasę:

1. Kielbasa krakowska,
2. Zawartość mięsa minimum 50%.

Są to jedyne cechy jakie Zamawiający wskazał w ramach opisu ww. przedmiotu, przy czym „Kielbasa krakowska” rozumiana jest wyłącznie jako nazwa własna. W SIWZ brak jest przy tym informacji na temat sposobu rozumienia ww. nazwy na potrzeby wykazania spełniania wymogu równoważności przez oferowane inne produkty. Zamawiający, wbrew twierdzeniu wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie, nie wskazał, że miał na myśli nazwę zwyczajową, potoczną, zastrzeżoną, czy jakkolwiek inną. Tym samym wymóg dotyczący przedmiotowej kielbasy, spełniała każda kielbasa o nazwie krakowska i odpowiedniej zawartości mięsa. Ponieważ Zamawiający nie zabronił użycia kminku (Zamawiający w ogóle nie określił wymogów dotyczących przypraw w oferowanych mu produktach) to w ocenie Izby brak

jest podstaw do uznania zaoferowanej przez Odwołującego kiełbasy kminkowej za nieodpowiadającą treści SIWZ.

Zamawiający określił minimalną ilość mięsa w zamawianym produkcie na poziomie 50%, nie wskazał przy tym jakichkolwiek wymogów dotyczących pozostałego składu. W efekcie dopuścił do złożenia mu ofert również na produkty bardzo niskiej jakości. Trudno w tej sytuacji uznać, że Zamawiający tworząc opis przedmiotu zamówienia i egzekwując jego postanowienia, kierował się kwestiami prawidłowej diety pacjentów. Określając przedmiot zamówienia w sposób co najmniej lakoniczny Zamawiający dał wykonawcom niemal pełną dowolność w zakresie składu oferowanych produktów. Z tego względu odrzucenie oferty Odwołującego było przejawem próby doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia na etapie oceny ofert. Praktyka taka jest niedopuszczalna.

Jedynym wymaganym przez Zamawiającego mierzalnym parametrem była zawartość mięsa, a wymóg ten oferowana przez Odwołującego kiełbasa spełnia. Drugim parametrem podlegającym ocenie Zamawiającego była nazwa i tylko nazwa produktu. Nie wiadomo jednak w jaki sposób wykonawcy mieliby wykazać równoważność nazw oferowanych produktów.

Obowiązkiem wykonawcy oferującym produkt równoważny do zamawianego jest wypełnienie obowiązków wynikających z art. 30 ust. 5 Pzp, który stanowi, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego jest jednak na tyle dokładne i konkretne opisanie przedmiotu zamówienia oraz jego parametrów, by możliwe było porównanie produktu zamawianego i równoważnego. W przypadku przedmiotowego postępowania jedynym takim parametrem była minimalna zawartość mięsa. Oferowany przez Odwołującego produkt spełnił ten wymóg - zaoferowana przez Odwołującego kiełbasa kminkowa w świetle opisu przedmiotu zamówienia jest produktem (co najmniej) równoważnym do kiełbasy krakowskiej, zatem czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ była nieprawidłowa.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. z 2018 r. poz. 972).

.....