

Sygn. akt: KIO 3375/22

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: „KANZEON Wrocławski Catering” Sp. z o.o., al. Brücknera 10, 51-410 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Szkoła Podstawowa nr 77 im. T. Różewicza, ul. Św. Jerzego 4, 50-518 Wrocław,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów:

Nr I, tj. naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp — poprzez ustanowienie w postanowieniach §8 ust. 1 oraz §10 ust. 3 lit. a tiret pierwsze wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w postaci kary umownej oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia;

Nr II, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, posługując się przy tym niedostatecznie zrozumiałymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami, w zakresie:

- a) wymogu z pkt. 3.2. SWZ - przygotowania posiłków na bazie produktów, półproduktów i surowców „najwyższej jakości”,
- b) wymogów z pkt. 9 OPZ — przygotowywania posiłków o „najwyższym standardzie” na bazie „produktów najwyższej jakości”,
- d) braku oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu,
- e) braku opisanie zasad postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisie,

f) postanowień §1 ust. 2, §2 ust. 15 oraz §3 ust. 6 lit. o wzorze umowy — które określając zakres obowiązków wykonawcy posługują się sformułowaniami analogicznymi do postanowień pkt. 9 OPZ, odpowiednio w zakresie wynikającym z uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego,

Nr III, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp — poprzez ustanowienie w §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia przez Wykonawcę „wymogów i standardów jakościowych”, które jest nieprecyzyjne, pozwala Zamawiającemu na dowolne odstąpienie od umowy, czym narusza równowagę kontraktową stron oraz jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego;

Nr IV, tj. naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 Pzp — poprzez ustanowienie i opisanie oceny ofert pn. „czas dostarczenia nowego posiłku” w taki sposób, że ocena oferty w ramach tego kryterium opiera się wyłącznie na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, która nie jest możliwa do zweryfikowania co czyni to kryterium pozornym oraz dotyczy ono właściwości wykonawcy i nie jest ono dostatecznie powiązane z przedmiotem zamówienia bowiem premiuje wykonawców, którzy dysponują kuchnią w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, mimo że okoliczność ta nie ma wpływu na jakość świadczonej usługi.

2. oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: „**KANZEON Wrocławski Catering**” Sp. z o.o., al. A. Brücknera 10, 51-410 Wrocław, i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: „**KANZEON Wrocławski Catering**” Sp. z o.o., al. A. Brücknera 10, 51-410 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza kwotę 826 zł 99 gr (słownie: osiemset dwadzieścia sześć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) od wykonawcy: „**KANZEON Wrocławski Catering**” Sp. z o.o., al. A. Brücknera 10, 51-410 Wrocław na rzecz zamawiającego: : **Szkoła Podstawowa nr 77 im. T. Różewicza, ul. Św. Jerzego 4, 50-518 Wrocław** stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (t.j. 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, Szkoła Podstawowa nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej "Pzp" w przedmiocie: „Usługi restauracyjne na rzecz uczniów Szkoły Podstawowej nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu w 2023 roku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00493754/01 w dniu 13 grudnia 2022 r.

Wykonawca „KANZEON Wrocławski Catering” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 433 pkt 1 Pzp — poprzez ustanowienie w postanowieniach §8 ust. 1 oraz §10 ust. 3 lit. a tiret pierwsze wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w postaci kary umownej oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia;

II. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, posługując się przy tym niedostatecznie zrozumiałymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami, w zakresie:

a) wymogu z pkt. 3.2. SWZ - przygotowania posiłków na bazie produktów, półproduktów i surowców „najwyższej jakości”,

b) wymogów z pkt. 9 OPZ — przygotowywania posiłków o „najwyższym standardzie” na bazie „produktów najwyższej jakości” i „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”,

c) wymogów z pkt. 15 OPZ — przygotowywania posiłków z produktów, które będą „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”, zgodnie z „obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego”, „GMP” oraz „systemu HACCP”.

d) braku oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu,

e) braku opisanego sposobu postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisie,

f) postanowień §1 ust. 2, §2 ust. 15 oraz §3 ust. 6 lit. o wzoru umowy — które, określając zakres obowiązków wykonawcy, posługują się sformułowaniami analogicznymi do postanowień pkt 9 OPZ,

III. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp — poprzez ustanowienie w §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte wzoru umowy uprawnienia

Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia przez wykonawcę „wymogów i standardów jakościowych”, które jest nieprecyzyjne, pozwala Zamawiającemu na dowolne odstąpienie od umowy, czym narusza równowagę kontraktową stron oraz jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego;

IV. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 Pzp — poprzez ustanowienie i opisanie kryterium oceny ofert pn. „czas dostarczenia nowego posiłku” w taki sposób, że ocena oferty w ramach tego kryterium opiera się wyłącznie na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, która nie jest możliwa do zweryfikowania, co czyni to kryterium pozornym oraz dotyczy ono właściwości wykonawcy i nie jest dostatecznie powiązane z przedmiotem zamówienia, bowiem premiuje wykonawców, którzy dysponują kuchnią w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, mimo że okoliczność ta nie ma wpływu na jakość świadczonej usługi.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia, poprzez:

1) wykreślenie ze wzoru umowy następujących postanowień:

— §8 ust. 1:

Za każde opóźnienie w dostawie posiłków, o których mowa w § 2 ust 10 Umowy, które przekroczy 5 minut Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500,00 PLN za każde opóźnienie.

- §10 ust. 3 lit. a tiret pierwsze: .

2. *Nadto Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku: .*

a) rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, w szczególności:

- *trzykrotnego opóźnienia (przekraczającego 5 minut) w wydaniu posiłków w okresie obowiązywania umowy.*

- §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte:

3. *Nadto Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku:*

a) rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, w szczególności:

- *niespełnienia przez Wykonawcę wymogów i standardów jakościowych,*

2) *doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy w zakresie:*

- *wymogu z pkt. 3.2. SWZ — przygotowania posiłków na bazie produktów, półproduktów i surowców „najwyższej jakości”,*

- *wymogów z pkt. 9 OPZ — przygotowywania posiłków o „najwyższym standardzie” na bazie „produktów najwyższej jakości” i „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”,*

- wymogów z pkt. 15 OPZ — przygotowywania posiłków z produktów, które będą „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”, zgodne z „obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego”, „GMP” oraz „systemu HACCP”.

- §1 ust. 2 wzoru umowy:

Usługa będzie polegać na gotowaniu w kuchni Wykonawcy oraz dostarczeniu, porcjowaniu /podawaniu w pomieszczeniach Zamawiającego posiłków na bazie półproduktów, produktów i surowców najwyższej jakości, żywności podlegają uczniowie szkoły podstawowej.

- §2 ust. 15 wzoru umowy:

Do przygotowywania posiłków będą używane produkty wysokiej jakości i zawsze świeże, posiadające aktualne, przynajmniej 7 — dniowe terminy ważności, nabyte w źródłach działających zgodnie z obowiązującymi przepisami sanitarnymi / higienicznymi.

- §3 ust. 6 lit. o wzoru umowy:

Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązany jest w szczególności do:

przygotowania posiłków o najwyższym standardzie, na bazie produktów; najwyższej jakości, bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP, spełniających wymogi żywienia zalecane dla uczniów przez Instytut żywności i żywienia dla danej grupy wiekowej, posiłków przygotowywanych przy bezwzględnym przestrzeganiu zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego,

- zamiast sformułowań:

„przygotowywania posiłków o najwyższym standardzie”,

„na bazie produktów najwyższej jakości”,

„produkty wysokiej jakości”,

„produkty wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”

„obowiązujące wymogi prawa żywnościowego”

Odwołujący wniósł o określenie konkretnych obowiązków wykonawcy, tj. np. standardów produktów, które mają być wykorzystane do przygotowania posiłków;

- zamiast sformułowania:

- „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP i GMP”

Odwołujący wniósł o wskazanie postanowień z norm HACCP i GMP, względnie samych norm, o których mowa w niniejszym postanowieniu oraz określenia konkretnych obowiązków wykonawcy w tym zakresie;

- braku oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu - poprzez oznaczenie godziny, w której wykonawca otrzyma ww. informację;

- braku opisanie zasad postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisach - poprzez opisanie zasad postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisach,

3) wykreślenia kryterium oceny ofert pn. „czas dostarczenia nowego posiłku”;

a w przypadku nie uwzględnienia wniosku o wykreślenie - o taką zmianę, aby kryterium nie było oparte wyłącznie o nieweryfikowalne oświadczenie wykonawcy, ale możliwe do sprawdzenia/zbadania szczegółowe informacje potwierdzające możliwość dowozu posiłku w określonym czasie..

W związku z powyższymi żądaniami Odwołujący wniósł o wydłużenie terminu składania ofert, a ponadto - o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa.

Odwołujący podniósł, że w dniu 13.06.2022 r. Zamawiając zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wszczęciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zamieścił na własnej stronie BIP oraz na stronie MiniPortalu dokumenty postępowania.

Przedmiotem zamówienia jest gotowanie w kuchni wykonawcy oraz dowożenie, porcjowanie i wydawanie posiłków w pomieszczeniach Zamawiającego przygotowywanych na bazie produktów, półproduktów i surowców najwyższej jakości — według jadłospisów Zamawiającego.

Zamawiający przewidział liczbę wydawanych posiłków, poprzez wskazanie w treści SWZ maksymalnych liczb uczniów objętych żywieniem:

- w okresie II-VI.2023 — 350 uczniów,
- w okresie IX-XII.2023 — 450 uczniów.

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, wielokrotnie posłużył się nieprecyzyjnymi i niejednoznacznymi określeniami, takimi jak: najwyższa jakość, wysoka jakość, najwyższy standard jakościowy, etc., które nie pozwalają na jednoznaczne zidentyfikowanie wymaganych przez Zamawiającego standardów jakości wykonywania usługi.

Zamawiający ustanowił kryterium oceny ofert w pkt. 19.1.2. SWZ, dotyczące zadeklarowanego w ofercie — czasu wydania nowego posiłku, której to deklaracji nie sposób zweryfikować przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

We wzorze umowy Zamawiający przewidział odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, wbrew przepisowi art. 433 ust. 1 Pzp. Zamawiający zawarł w umowie następujące postanowienia:

- § 8 Kary umowne

1. Za każde opóźnienie w dostawie posiłków, o których mowa w § 2 ust 10 Umowy, które przekroczy 5 minut Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną — w wysokości 500,00 PLN za każde opóźnienie.

- §10 Odstąpienie od umowy

3. *Nadto Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku:*

a) rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, w szczególności:
- trzykrotnego opóźnienia (przekraczającego 5 minut) w wydaniu posiłków w okresie obowiązywania umowy.

Odwołujący oświadczył, że kwestionuje przywołane powyżej postanowienia dokumentów zamówienia, wskazując na ich niezgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzut naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp — poprzez ustanowienie w postanowieniach 58 ust. 1 oraz SIO ust. 3 lit. a tiret pierwsze wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w postaci kary umownej oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia.

W treści projektowanych postanowień umowy Zamawiający przewidział negatywne konsekwencje dla wykonawcy w związku z opóźnieniem w dostawach posiłków:

- § 8 Kary umowne

1. Za każde opóźnienie w dostawie posiłków, o których mowa w 5 2 ust 10 Umowy, które przekroczy 5 minut Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną — w wysokości 500,00 PLN za każde opóźnienie.

- § 10 Odstąpienie od umowy

3. Nadto Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku:

a) rażącego naruszenia przez Wykonawcę postanowień niniejszej umowy, w szczególności:
- trzykrotnego opóźnienia (przekraczającego 5 minut) w "daniu posiłków w okresie obowiązywania umowy.

Ponadto, jak wynika z § 10 ust. 3 lit. a — Zamawiający upatruje w opóźnieniu wykonawcy w dostarczeniu posiłków — „rażącego naruszenia postanowień umowy”. Należy zatem podkreślić, że jak wynika z art. 476 k.c. opóźnienie dotyczy sytuacji, gdy niespełnienie świadczenia następuje z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Oznacza to, że Zamawiający w ramach niniejszej umowy ustanowił odpowiedzialność wykonawcy za . okoliczności od niego niezależne i niezawinione, i przypisał im negatywne skutki w postaci naliczania kar umownych oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Tego rodzaju postanowienia wzoru umowy są niedopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 433 pkt 1 Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;

Odwołujący podkreślił, że w warunkach przedmiotowego zamówienia — ustanowienie odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie nie jest uzasadnione ani okolicznościami, ani zakresem zamówienia. W orzecznictwie Krajowej Izby przyjmuje się, iż opóźnienie

wykonawcy w spełnieniu świadczenia wynikającego z umowy — nie może stanowić podstawy do naliczenia kar umownych ani tym bardziej być przesłanką do odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Zdaniem Izby, tak sformułowane postanowienia umowy naruszają w rażący sposób równowagę kontraktową stron. Co istotne, przedmiotowe stanowisko Izba zajęła jeszcze na gruncie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z 2004 r., które nie zawierały katalogu niedozwolonych postanowień umownych analogicznego do regulacji z obecnego art. 433 Pzp (wyrok KIO z dnia 27.08.2019 r., sygn. akt KIO 1585/19).

Z kolei o dopuszczalności wprowadzenia do umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie decyduje każdorazowo charakter zamówienia. W doktrynie wskazuje się, że odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie może być wprowadzona do postanowień umowy tylko w wyjątkowych sytuacjach — takich jak wieloetapowy charakter zamówienia, czy w przypadku zamówień o charakterze pieniężnym. Żadna z tych okoliczności nie zachodzi w przedmiotowym postępowaniu (patrz: Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, 2022 r.).

W tym stanie rzeczy — kwestionowane postanowienia umowy nie odpowiadają prawu i powinny zostać wykreślone.

II. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pap w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, posługując się przy tym niedostatecznie zrozumiałymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami.

Powyższy zarzut dotyczy następujących postanowień SWZ, OPZ i wzoru umowy:

— pkt 3.2. SWZ

Usługa polega na gotowaniu w kuchni Wykonawcy oraz dowożeniu, porcjowaniu i udawaniu posiłków w pomieszczeniach Zamawiającego przygotowywanych na bazie produktów, półproduktów i surowców najwyższej jakości - według jadłospisów Zamawiającego, które służą wyłącznie do celów realizacji przedmiotowego zadania (ochrona praw autorskich).

- pkt 9 OPZ

[...]Wykonawca zobowiązany jest do przygotowywania posiłków o najwyższym standardzie na bazie produktów najwyższej jakości / bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP...

- pkt 15 OPZ

Wykonawca zobowiązuje się do przygotowywania posiłków z produktów, które będą wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej, zgodne z obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego, GMP oraz systemu HACCP.

- §1 ust. 2 wzoru umowy

Usługa będzie polegać na gotowaniu w kuchni Wykonawcy oraz dostarczeniu, porcjowaniu i podawaniu w pomieszczeniach Zamawiającego posiłków na bazie półproduktów, produktów i surowców najwyższej jakości. Żywieniu podlegają uczniowie szkoły podstawowej.

- §2 ust. 15 wzoru umowy

Do przygotowywania posiłków będą używane produkty wysokiej jakości i zawsze świeże, posiadające aktualne, przynajmniej 7 — dniowe, terminy ważności, nabyte w źródłach działających zgodnie z obowiązującymi przepisami sanitarnymi i higienicznymi,

- §3 ust. 6 lit. o wzoru umowy

Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązany jest w szczególności do:

przygotowania posiłków o najwyższym standardzie, na bazie produktów najwyższej jakości i bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP, spełniających wymogi Żywienia zalecane dla uczniów przez Instytut Żywności i Żywienia dla danej grupy wiekowej, posiłków przygotowywanych przy bezwzględnym przestrzeganiu zaleceń Głównego Inspektora Sanitarnego.

oraz:

- braku oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu,

- braku opisanego sposobu postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisie.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym powyżej nie odpowiada regułom jego konstruowania wyrażonym w art. 99 ust. 1 Pzp — w szczególności posługuje się on niejednoznacznymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami. Sformułowania typu: „posiłki o najwyższym standardzie”, „produkty najwyższej jakości”, „produkty wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej” są nieprecyzyjne i niedokładne — pozwalają na wiele różnych interpretacji i wykładni. Jeżeli Zamawiający wymaga produktów o określonej jakości to powinien zdefiniować poziom jakości za pomocą dostatecznie zrozumiałych sformułowań, a nie poprzez użycie wyrazów wartościujących typu „najlepszy”, „najwyższy”, „wysoki” etc. Wymogi opisu przedmiotu zamówienia nie mogą nakładać na wykonawcę obowiązków o niesprecyzowanym zakresie, ani pozostawiać wątpliwości co do ich treści.

Ponadto, nie jest dopuszczalne niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie obowiązków wykonawcy w umowie. Tymczasem Zamawiający powielił w postanowieniach umowy — opisane powyżej niejednoznaczne i nieprecyzyjne sformułowania zawarte w OPZ.

Odnosząc się do wymogów związanych z przygotowaniem posiłków zgodnie z normami GMP i HACCP — pokreślić należy, że Zamawiający nie wskazał o jaki zakres tych norm chodzi — w szczególności nie wskazał, na jakich etapach produkcji żywności wykonawca ma zapewnić zachowanie tych norm.

Należy podnieść wątpliwość, czy można mówić o „normach” w kontekście systemu HACCP. Wymagania odnoszące się do kwestii związanych z systemem HACCP powinny być skonkretyzowane i opisane. Należy wskazać, że określenie HACCP — odnosi się do

procedur, które mogą być wdrożone w organizacji wykonawcy, natomiast nie wiadomo o co chodzi o określeniu „zgodnie z normami HACCP” w kontekście wymagań Zamawiającego.

Analogiczna sytuacja występuje względem wymogu postępowania wykonawcy zgodnie z „Prawem żywnościowym”. Wskazać należy, że nie istnieje jeden zamknięty zbiór przepisów i regulacji pod nazwą „Prawo żywnościowe”. W systemie prawa żywnościowego, podobnie jak i w innych dziedzinach prawa, znajdują się zarówno normy bezwzględnie obowiązujące jak i dyspozytywne. Ponadto, w przypadku produkcji żywności obowiązuje wiele tzw. „dobrych praktyk”, które niekiedy włączane są w zakres definicji „Prawa żywnościowego”. Natomiast wykonawca nie może się domyślać, o które z tych regulacji chodzi Zamawiającemu.

Wobec tego Zamawiający powinien wskazać wszystkie te przepisy, których przestrzegania wymaga od wykonawcy. Konieczne jest zatem doprecyzowanie wymogów OPZ w tym zakresie.

Opisane powyżej niejednoznaczności mają istotne znaczenie dla prawidłowego wykonania zamówienia, bowiem opis przedmiotu zamówienia kształtuje obowiązki wykonawcy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowane jest stanowisko, iż opis przedmiotu zamówienia powinien być sformułowany w jak najbardziej szczegółowy i precyzyjny sposób, aby umożliwić wykonawcom prawidłowe odczytanie obowiązków z niego wynikających (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.05.2022 r., KIO 1262/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.01.2022 r., KIO 3718/21).

Z kolei brak w treści opisu przedmiotu zamówienia postanowień w zakresie oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu oraz opisanie zasad postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisie świadczy o tym, że opis przedmiotu zamówienia nie jest wyczerpujący. Przedmiotowe kwestie są kluczowe dla określenia obowiązków wykonawcy oraz wpływają istotnie na sposób świadczonej usługi.

Jadłospisy, które udostępnił Zamawiający (jesień-zima / wiosna-lato) przeznaczone są na 60 dni każdy. Natomiast wykonawca będzie świadczył usługę — realizował żywienie przez 184 dni. W opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji, jak powinien postępować wykonawca w momencie gdy zrealizuje w pełni jadłospisy udostępnione przez Zamawiającego. Taka okoliczność wystąpi niewątpliwie, bowiem sezon wiosna-lato liczy około 80 dni, a sezon jesień-zima liczy około 105 dni.

W tych okolicznościach ww. kwestie powinny zostać określone w dokumentach zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp — poprzez ustanowienie w §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte wzoru umowy

uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia przez wykonawcę „wymogów i standardów jakościowych”, które jest nieprecyzyjne, pozwala Zamawiającemu na dowolne odstąpienie od umowy, czym narusza równowagę kontraktową stron oraz jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W kontekście niejednoznaczności i nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia na szczególną uwagę zasługuje postanowienie §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte wzoru umowy, w którym przewidziano uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku „niespełnienia przez wykonawcę wymogów i standardów jakościowych”.

Przedmiotowe postanowienie jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne, bowiem Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „wymogów i standardów jakościowych”. Posłużenie się tak szerokim znaczeniowo pojęciem w treści przesłanki uprawniającej Zamawiającego do odstąpienia od umowy jest działaniem nieprawidłowym, bowiem pozwala na praktycznie dowolną interpretację takiego pojęcia i daje Zamawiającemu praktycznie nieograniczoną możliwość do wypowiedzenia umowy.

Ponadto, kwestionowane postanowienie odnosi się wprost do obowiązków wykonawcy, zatem stanowi element opisu przedmiotu zamówienia. Kształtuje ono obowiązek działania wykonawcy zgodnego z niesprecyzowanymi bliżej „wymogami i standardami jakościowymi”. Tymczasem wykonawca nie może domyślać się o jakie wymogi i standardy chodzi Zamawiającemu. Powinny one zostać wymienione wprost w umowie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalone jest stanowisko, iż nie jest dopuszczalne niejednoznaczne i nieprecyzyjne określenie obowiązków wykonawcy w umowie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lipca 2021 r. KIO 1483/21).

W tym stanie rzeczy — aktualna treść umowy nakłada na wykonawców zbyt duże ryzyko, albowiem kształtuje przesłankę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sposób pozwalający na jej dowolną interpretację.

IV. Zarzut naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 Pzp — poprzez ustanowienie i opisanie kryterium oceny ofert pn. „czas dostarczenia nowego posiłku” w taki sposób, że ocena oferty w ramach tego kryterium opiera się wyłącznie na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, która nie jest możliwa do zweryfikowania co czyni to kryterium pozornym oraz dotyczy ono właściwości wykonawcy i nie jest ono dostatecznie powiązane z przedmiotem zamówienia bowiem premiuje wykonawców, którzy dysponują kuchnią w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, mimo że okoliczność ta nie ma wpływu na jakość świadczonej usługi.

Zamawiający ustanowił kryterium poza cenowe oceny ofert dotyczące „czasu dostarczenia nowego posiłku”, zgodnie z którym wykonawcy otrzymują określoną liczbę

punktów w oparciu o zadeklarowany w ofercie czas dostarczenia nowego posiłku. Zamawiający przewidział w ramach tego kryterium pięć progów punktowych.

Zdaniem Odwołującego, ocena ofert w ramach tego kryterium opierać się będzie wyłącznie na nieweryfikowalnej deklaracji wykonawców. Tymczasem podstawowym wymogiem wynikającym z ww. przepisów ustawy Pzp, jest takie ukształtowanie kryterium, które umożliwi weryfikację informacji przedstawianych w ofertach co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Kryteria poza cenowe w szczególności nie mogą opierać się na deklaracjach, obietnicach czy zobowiązaniach niesprawdzalnych przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Tymczasem Zamawiający nie ma żadnej możliwości zweryfikowania realnego czasu dostarczenia nowego posiłku przez wykonawcę.

Niedopuszczalność tak sformułowanych kryteriów oceny ofert została potwierdzona w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie (wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt XXIII Ga 1350/20, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.06.2021 r., sygn. akt Zs 35/21, wyrok SO w Warszawie z dnia 18 grudnia 2020 r., XIII Ga 1350/20).

W przedmiotowym postępowaniu wysoce prawdopodobne jest, że wszyscy wykonawcy zaoferują czas dostarczenia nowego posiłku do 5 minut — skoro Zamawiający w żaden sposób nie będzie w stanie zweryfikować takiej deklaracji. Okoliczność ta czyni kwestionowane kryterium pozornym, tj. takim, które w istocie nie różnicuje w żaden sposób wykonawców. Tymczasem celem kryteriów poza cenowych jest różnicowanie wykonawców, natomiast kryterium, które nie spełnia tego celu — nie prowadzi do powstania nawet teoretycznej konkurencji między wykonawcami.

W tych okolicznościach kryterium „czas dostarczenia nowego posiłku” nie spełnia wymogów określonych przepisami Pzp i ma ono charakter pozorny, wobec czego powinno zostać zmienione.

Kolejnym powodem, dla którego kwestionowane kryterium nie spełnia wymogów ustawowych jest jego podmiotowy charakter. Kryterium to — o ile byłoby możliwe do zweryfikowania — różnicowałoby wykonawców wyłącznie pod względem odległości ich kuchni od siedziby Zamawiającego. Im bliżej znajduje się kuchnia wykonawcy, tym szybciej byłby on w stanie dostarczyć nowy posiłek. Tymczasem szybkość dostarczenia nie wpływa na jakość czy temperaturę posiłku, bowiem przewożone są one w takich „naczyniach”, które gwarantują zachowanie odpowiedniej temperatury. Natomiast trudno wymagać, żeby wykonawca lokalizował swoją kuchnię niedaleko siedziby Zamawiającego, skoro wymaga to zaangażowania znacznych środków, a nie wpływa bezpośrednio na jakość świadczonych usług.

W tym kontekście kwestionowane kryterium należy uznać za niedostatecznie powiązane z przedmiotem zamówienia. O braku powiązania tego kryterium z przedmiotem zamówienia świadczy również fakt, że sytuacja, w której wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia nowego posiłku zdarzyć się może jednostkowo, o ile w ogóle się zdarzy. Zgodnie z umową, konieczność dostarczenia nowego posiłku wystąpi wyłącznie w przypadku dostarczenia przez wykonawcę posiłku niespełniającego warunków umowy (np. posiłku niepełnowartościowego) lub w przypadku nierozpoczęcia wydawania posiłku w wymaganym przez Zamawiającego czasie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (§2 ust. 10 umowy). Można założyć, że takie sytuacje albo będą miały charakter jednorazowy, albo nie wystąpią w ogóle. Tymczasem kryteria oceny ofert powinny dotyczyć istotnych warunków wykonywania zamówienia.

Ponadto, opis przedmiotowego kryterium zawiera również inne nieprawidłowości. W przypadku podania przez wykonawcę w formularzu oferty czasu dostarczenia nowego posiłku” dłuższego niż 60 minut, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie aft. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Skoro bowiem maksymalny dopuszczalny czas na dostarczenie nowego posiłku wynosi 40 minut, to już zaoferowanie czasu przekraczającego owe 40 min. (np. 41 minut) powinno skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Również w umowie Zamawiający wskazał, że czas wymagany na dostarczenie nowego posiłku wynosi nie dłużej niż 40 minut (§2 ust. 10 Umowy). Wobec powyższego ww. opis kryterium jest nieprawidłowy.

Odwołujący złożył na posiedzeniu oświadczenie, że cofa zarzut opisany pod nr II lit. d odwołania. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 30 grudnia 2022 r.

Zamawiający nie składał odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Zamawiający złożył na posiedzeniu oświadczenie, że uwzględni zarzuty:

- zarzut nr I w całości,
- zarzut nr II lit. a w całości,
- zarzut nr II lit. b w zakresie „produktów najwyższej jakości” i „o najwyższym standardzie”,
- zarzut nr II lit. e w całości,
- zarzut nr III i IV w całości.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr II lit. b – w zakresie bezpieczeństwa zgodnie z HACCP oraz zarzutu nr II lit. c, tj. dot. wymogu punktu 11 OPZ – przygotowywania posiłków z produktów, które będą wysokiej jakości handlowej zgodnie z wymogami prawa żywnościowego GMP oraz systemu HACCP. Zamawiający wyjaśnił, że w

odniesieniu do zarzutu zawartego w punkcie II lit. f Zamawiający uwzględnił zarzut odpowiednio w zakresie, w jakim uwzględnił zarzut dotyczący postanowień punktu 9 OPZ.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący realizuje inne podobne zamówienia, więc z pewnością musi je wykonywać zgodnie z normami, m.in. HACCP i GMP. Przedmiotowe zamówienie dotyczy posiłków dla dzieci, a w związku z tym zachowane muszą być szczególnie normy jakościowe. Zamawiający wyjaśnił, że w ramach OPZ zawarł szczegółową informację odnośnie rodzajów potraw, których serwowania nie dopuszcza.

Zamawiający wyjaśnił, że nie ma wątpliwości, iż udostępni pracownikom wykonawcy możliwość korzystania z łazienki. W ocenie Zamawiającego, oczywiste jest, że sanitariaty muszą być udostępnione pracownikom wykonawcy świadczącego catering w szkole.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca mógł zadać w tym zakresie pytanie o wyjaśnienie treści SWZ. Podkreślił, że normy HACCP i GMP muszą być w zasadzie w 100% realizowane przez wykonawcę przy świadczeniu zamawianej usługi ze względu na to, że stołówki dla dzieci są odbierane przez SANEPID. Wskazuje, że w przypadku zaistnienia podstawy do odstąpienia od umowy, zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy, Zamawiający uprzednio wzywa wykonawcę do prawidłowego wykonywania umowy, określa odpowiedni termin i w przypadku braku poprawy może zdecydować o odstąpieniu od umowy. Zamawiający wskazał, że w interesie obu stron jest za każdym razem wyjaśnienie problematycznych sytuacji, w związku, z czym procedura zgodnie z § 10 ust. 4 wzoru umowy jest wymagana przed odstąpieniem od umowy.

Zamawiający wskazał, że normy HACCP obowiązują odpowiednio do charakteru i zakresu usługi i podkreślił, że doświadczony wykonawca, taki jak Odwołujący, z pewnością wie, jakie normy powinien spełnić w przypadku świadczenia cateringowego na rzecz uczniów szkoły podstawowej. Wskazane w OPZ normy HACCP i GMP są standardowo stosowanymi normami żywieniowymi, w tym cateringowymi.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust.4 Pzp z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez Zamawiającego przy jednoczesnym braku przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w zakresie:

- zarzutu nr I, tj. naruszenia art. 433 pkt 1 Pzp — poprzez ustanowienie w postanowieniach §8 ust. 1 oraz §10 ust. 3 lit. a tiret pierwsze wzoru umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie w postaci kary umownej oraz uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy, mimo że nie jest to uzasadnione okolicznościami ani zakresem zamówienia;

- zarzutu nr II, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, posługując się przy tym niedostatecznie zrozumiałymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami, w zakresie:

- lit. a - wymogu z pkt. 3.2. SWZ - przygotowania posiłków na .bazie produktów, półproduktów. i surowców „najwyższej jakości”,

- lit. b - wymogów z pkt. 9 OPZ - przygotowywania posiłków o „najwyższym standardzie” na bazie „produktów najwyższej jakości”,

- lit. e - braku opisanie zasad postępowania wykonawcy po zrealizowaniu wszystkich dań wskazanych w jadłospisie,

- lit. f - postanowień §1 ust. 2, §2 ust. 15 oraz §3 ust. 6 lit. o wzoru umowy - które określając zakres obowiązków wykonawcy posługują się sformułowaniami analogicznymi do postanowień pkt. 9 OPZ, odpowiednio w zakresie wynikającym z uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego,

- zarzutu nr III, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp oraz art. 353¹ kc w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp — poprzez ustanowienie w §10 ust. 3 lit. a tiret czwarte wzoru umowy uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku niespełnienia przez Wykonawcę „wymogów i standardów jakościowych”, które jest nieprecyzyjne, pozwala Zamawiającemu na dowolne odstąpienie od umowy, czym narusza równowagę kontraktową stron oraz jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego jakim jest umowa w sprawie zamówienia publicznego;

- zarzutu nr IV, tj. naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp, art. 241 ust. 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 16 Pzp — poprzez ustanowienie i opisanie oceny ofert pn. „czas dostarczenia nowego posiłku” w taki sposób, że ocena oferty w ramach tego kryterium opiera się wyłącznie na deklaracji wykonawcy zawartej w ofercie, która nie jest możliwa do zweryfikowania co czyni to kryterium pozornym oraz dotyczy ono właściwości wykonawcy i nie jest ono dostatecznie powiązane z przedmiotem

zamówienia bowiem premiuje wykonawców, którzy dysponują kuchnią w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego, mimo że okoliczność ta nie ma wpływu na jakość świadczonej usługi.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp z uwagi na cofnięcie przez Odwołującego odwołania w zakresie zarzutu nr II lit. d - dotyczącego braku oznaczenia godziny, w której wykonawca otrzyma informację o liczbie (zapotrzebowaniu) posiłków w danym dniu.

Odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie w zakresie zarzutu nr II, tj. naruszenia art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp — poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, posługując się niedostatecznie zrozumiałymi i niedostatecznie dokładnymi określeniami, i tak:

- lit. b - wymogów z pkt. 9 OPZ — przygotowywania posiłków i „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”,
- lit. c - wymogów z pkt. 15 OPZ — przygotowywania posiłków z produktów, które będą „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”, zgodne z „obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego”, „GMP” oraz „systemu HACCP”,
- lit. f - postanowień §1 ust. 2, §2 ust. 15 oraz §3 ust. 6 lit. o wzoru umowy - które określając zakres obowiązków wykonawcy posługują się sformułowaniami analogicznymi do postanowień pkt. 9 OPZ, tj. „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”.

Zarzuty zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 30 grudnia 2022 r. w zakresie sprzeczności treści OPZ z wymogami systemu GMP i HACCP nie podlegały rozpoznaniu na podstawie art. 555 Pzp, jako zarzuty, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest najistotniejszą czynnością zamawiającego poprzedzającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien wyrażać w sposób obiektywny uzasadnione i rzeczywiste potrzeby zamawiającego związane z realizacją przypisanych mu zadań.

Przepis art. 99 ust. 1 Pzp określa cechy prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia ma bezpośrednie przełożenie na etap realizacji zamówienia. Przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to taki, który nie budzi wątpliwości, określony w sposób na

tylko precyzyjny, aby nie pozwalał na różną interpretację. Natomiast opis wyczerpujący przedstawia przedmiot zamówienia w sposób pełny, szczegółowy i wszechstronny.

Podkreślić jednocześnie należy, że opis przedmiotu zamówienia jest kierowany do wykonawców, a zatem do profesjonalistów działających na danym rynku i w danej branży, wobec czego powinien być on sformułowany w fachowym języku za pomocą pojęć stosowanych w danej branży. Użycie fachowego języka umożliwia często pominięcie szerokich i szczegółowych opisów, ponieważ język ten posługuje się pojęciami zdefiniowanymi w danej branży, a tym samym w pełni zrozumiałymi dla wykonawców.

Ponadto, zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, określenia używane do opisu przedmiotu zamówienia powinny uwzględniać wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Prawidłowo sporządzony opis przedmiotu zamówienia musi wskazywać wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia, obejmujący wszystkie istotne elementy, które mogą mieć istotne znaczenie dla przygotowania oferty, a zatem dla zaoferowania przedmiotu odpowiadającego wymaganiom zamawiającego, umożliwiającego prawidłową wycenę oferty. Celem tego przepisu jest przekazanie wykonawcom jednoznacznych informacji odnośnie oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, które dadzą wykonawcy pełną, a zarazem niezbędną wiedzę do prawidłowego przygotowania oferty, a w konsekwencji do prawidłowego wykonania zamówienia.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są usługi restauracyjne na rzecz uczniów Szkoły Podstawowej nr 77 im. T. Różewicza we Wrocławiu w 2023 roku, polegające na gotowaniu w kuchni wykonawcy oraz dowożeniu, porcjowaniu i wydawaniu posiłków w pomieszczeniach Zamawiającego przygotowywanych na bazie produktów, półproduktów i surowców najwyższej jakości - według jadłospisów Zamawiającego, które służą wyłącznie do celów realizacji przedmiotowego zadania (ochrona praw autorskich).

W pkt 9 OPZ Zamawiający wskazał, że „Posiłki winny spełniać Normy żywieniowe zgodne z polskimi normami żywieniowymi dla dzieci w wieku szkolnym i przedszkolnym oraz z *Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie grup środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w jednostkach systemu oświaty oraz wymagań, jakie muszą spełniać środki spożywcze stosowane w ramach żywienia zbiorowego dzieci i młodzieży w tych jednostkach* (DZ. U. z 2016r. poz. 1154). Wykonawca zobowiązany jest do przygotowywania posiłków o najwyższym standardzie na bazie produktów najwyższej jakości i bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP. Posiłki muszą spełniać wymogi żywieniowe zalecane przez Instytut Żywności i Żywienia dla danej grupy wiekowej. Personel Wykonawcy winien posiadać bieżące przeszkolenie z zakresu BHP oraz HACCP, a także aktualne książeczki zdrowia. Wykonawca odpowiada prawnie za żywienie uczniów przed Powiatowym Państwowym Inspektorem Sanitarnym dla miasta

Wrocławia.”

W pkt 15 OPZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązuje się do przygotowywania posiłków z produktów, które będą wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej, zgodne z obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego, GMP oraz systemu HACCP.”

Reasumując, usługa powyższa polega zatem na produkcji przez wykonawcę posiłków, ich transporcie i serwowaniu w stołówce szkolnej.

Podkreślenia wymaga, że za bezpieczeństwo żywności zawsze odpowiedzialny jest producent. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu za bezpieczeństwo żywności serwowanej uczniom odpowiedzialny jest wykonawca.

System HACCP jest obowiązkowym w Polsce systemem zapewnienia bezpieczeństwa żywności we wszystkich zakładach produkcji i obrotu żywnością. Obowiązek posiadania wdrożonego systemu HACCP reguluje Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U.2010.136.914 z zm.), Rozporządzenie (WE) NR 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności, Rozporządzenie (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych.

Przedsiębiorstwo przemysłu spożywczego, aby być konkurencyjne na rynku, musi spełniać wymagania konsumentów i oferować żywność bezpieczną i o odpowiedniej jakości. Wdrożenie systemu zarządzania jakością HACCP jest obowiązkowe w firmach działających w branży spożywczej. Firmy zajmujące się żywnością powinny postępować zgodnie z wytycznymi HACCP, aby gwarantować klientom bezpieczeństwo żywności. System HACCP jest systemem nadzoru nad żywnością, którego celem jest eliminacja ryzyka zagrożeń zdrowia, związanych z zanieczyszczeniem żywności. Postępowanie to ma na celu identyfikację możliwych zagrożeń żywności na wszystkich etapach produkcji i obrotu oraz ich ograniczenie lub eliminację, a także ustalenie działań korygujących w celu minimalizacji ryzyka zagrożenia zdrowia konsumenta. Przedsiębiorcy, którzy działają w sektorze spożywczym powinni opracować oraz wdrożyć w swoich firmach procedury oparte na systemie HACCP. System ten obejmuje wszystkie etapy kontaktu z produktem spożywczym – od zakupu surowców i ich przechowywania, aż po ich przetworzenie, pakowanie oraz dystrybucję. Wymagania systemu HACCP zostały skonstruowane tak, aby uniknąć bezpośrednich możliwości zakażenia żywności w miejscu jej powstawania i obrotu. Wymagania higieniczne dotyczą między innymi czystości, stanu i wyposażenia pomieszczeń mających kontakt z żywnością, a także ich wentylacji. Wymagania dotyczą również czystości i stanu środków transportu wykorzystywanych do transportu produktów spożywczych, a

także surowców i składników wykorzystywanych przy produkcji żywności, w tym ich pochodzenia, jakości i zawartości zanieczyszczeń.

System HACCP powinien być opracowany indywidualnie, w oparciu o specyfikę rodzaju działalności prowadzonej w sektorze spożywczym. Jego wdrożenie i utrzymanie to gwarancja bezpieczeństwa żywności, co wiąże się nie tylko ze zgodnością z prawem, ale również z większym zaufaniem konsumentów.

Natomiast system GMP (z ang. Good Manufacturing Practice) to Dobra Praktyka Produkcyjna - system mający na celu utrzymanie odpowiedniej kontroli higieny środowiska pracy i procesów technologicznych w przedsiębiorstwie w branży żywnościowej. Stanowi on komplet procedur, które mają na celu uporządkować i opisać wszystkie etapy przebiegu produkcji, a także sposobu kontroli i zapewnienia jakości produktu. System ten służy zapewnieniu powtarzalności i jednorodności wyrobów, poprzez ścisły nadzór nad całym procesem produkcji – od zaopatrzenia w surowce, poprzez magazynowanie, produkcję, pakowanie, znakowanie, aż do składowania i dystrybucji wyrobów gotowych, a więc umożliwia eliminowanie wszelkich sytuacji grożących zanieczyszczeniem wyrobu substancjami i ciałami chemicznymi, fizycznymi oraz szkodliwą mikroflorą, a tym samym ma na celu zapewnienie odpowiedniego bezpieczeństwa użytkownikom końcowym wyrobu gotowego.

Sam Odwołujący przyznał na rozprawie fakt, że wykonawca usług cateringowych musi spełniać normy HACCP. Nie budzi wątpliwości też okoliczność, że wykonawca działający w branży spożywczej, odpowiednio do rodzaju prowadzonej działalności, musi spełniać wszystkie normy wymagane prawem w tym zakresie.

W świetle powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że opis przedmiotu zamówienia z użyciem określeń „bezpieczeństwem zgodnie z normami HACCP”, produktów „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej”, zgodne z „obowiązującymi wymogami prawa żywnościowego”, „GMP” oraz „systemu HACCP”, jest jednoznaczny i zarazem wyczerpujący. Profesjonalny wykonawca działający w branży żywnościowej, restauracyjnej, a dodatkowo z wymaganym doświadczeniem w wykonywaniu danych usług, z pewnością powinien posiadać adekwatną wiedzę odnośnie regulacji obowiązujących w tej branży, umożliwiającą zarówno przygotowanie oferty, jak i następnie prawidłową realizację zamówienia.

Podkreślić należy, że nawet gdyby Zamawiający ograniczył wymagania do niektórych tylko procedur wynikających z powyższych systemów, to nie zwalniałoby to w żaden sposób wykonawcy z obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa wytworzonej żywności, jej transportu i wydawania, zgodnie z wymaganiami HACCP oraz GMP, a także zgodnie z normami prawa żywnościowego. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający powinien wskazać np. na jakich etapach produkcji żywności wykonawca ma zapewnić zachowanie tych norm. Wskazane normy obowiązują wykonawcę na wszystkich etapach produkcji,

magazynowania i dystrybucji żywności, biorąc pod uwagę rodzaj świadczonej usługi.

W ocenie Izby, chociaż Zamawiający posłużył się w SWZ umownym określeniem „prawa żywnościowego”, to nie budzi wątpliwości fakt, że obejmuje ono wszystkie obowiązujące regulacje w tej dziedzinie. W tym sensie znaczenie tego pojęcia jest jednoznaczne i wyczerpujące, niezależnie od tego czy jest to jeden zbiór norm czy też wiele. Biorąc pod uwagę profesjonalny charakter działalności potencjalnych wykonawców zidentyfikowanie tego zbioru przez wykonawców jest ich obowiązkiem, ponieważ w tym zakresie prowadzą działalność gospodarczą. Zauważyć także należy, że Zamawiający nie może postanowieniami SWZ wyłączyć przepisów bezwzględnie obowiązujących, a przepisy dyspozytywne, w takim zakresie, jak to wynika z konkretnych regulacji, słusznie pozostawia do decyzji wykonawcy.

Odnosnie określenia „wysokiej jakości handlowej i zdrowotnej” Izba stwierdziła, że określenie to ma charakter jednoznaczny i zrozumiały. Jakość handlowa i zdrowotna produktów nie jest trudna do zidentyfikowania dla wszelkiego rodzaju produktów na rynku, przy czym wysoka jakość produktów żywnościowych jest pojęciem dostatecznie precyzyjnym, biorąc pod uwagę daną branżę i obowiązujące w tym zakresie regulacje prawne. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia nie jest możliwe, aby Zamawiający opisał szczegółowo w SWZ każdy produkt, który mógłby zostać wykorzystany w produkcji posiłków. To wykonawca zajmujący się produkcją posiłków i odpowiedzialny za ich jakość i bezpieczeństwo, jako profesjonalista, w tej branży powinien posiadać umiejętność posługiwania się normami jakościowymi stosowanych produktów.

Reasumując, Izba stwierdziła, że stosowanie omawianych procedur, norm i obowiązujących przepisów przez wykonawcę jest powinnością wykonawcy. Zamawiający nie ma zatem obowiązku zamieszczenia wszystkich tych przepisów w SWZ, aby obowiązywały one wykonawcę przy realizacji zamówienia. Brak zamieszczenia w SWZ szczegółowych norm nie narusza art. 99 ust. 1 i art. 16 pkt 1 Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: